

Jur. opp.

23

Yvo. Opp. 23-1



Ch. Wink. del.

Söckler. sc. 1779.

Jus. 2519. C.

E

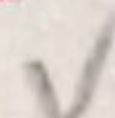
<36616403710013

<36616403710013

Bayer. Staatsbibliothek



S



fur Gyps 23

Civilistische Versuche

von

D. Paul Johann Anselm Feuerbach

ordentl. Professor des Rechts auf der Universität
in Kiel.

Erster Theil.

Giessen bey Tasché et Müller

1 8 0 3.

Civilistische Versuche



D. Paul Johann Anton Schlegel

Professur der Poesie an der Universität
in Bonn

Erster Theil

Verlag von Neumann, Neudamm
bei Berlin

Seinem Freunde

Andreas Wilhelm Cramer

dem

Kenner des classischen Alterthums

dem

ächten Rechtsgelehrten.

der Verfasser.

*



V o r r e d e.

Eine groſſe Vorrede zu den Kleinigkeiten, die ich hier dem Publicum übergebe, würde ſehr unpaſſend ſeyn. Auch weiß ich dem Leſer nicht viel mehr zu ſagen, als er ſich ſelbſt wird ſagen können. Den Zweck des Buchs wird jeder einſehen, der es geſehen hat; ſeine Tendenz ein jeder begreifen, der Sinn hat für Unterſuchungen dieſer Art und dem gewiſſe Bedürfniſſe unſrer juridiſchen Literatur nicht unbekannt ge-

*

blieben sind. Sollte ein rein philosophischer Jurist diese Blätter in die Hand nehmen, so bitte ich ihn, sie sogleich von sich zu werfen; sie sind gar nicht für ihn geschrieben; er wird seine Zeit bedauern, wenn er auch nur den vierten Theil gelesen hat und noch dazu den Verfasser bemitleiden, der armseelig an das Armselige seine Zeit verlieren mochte. Nirgends eine Idee, mit der sich etwas anfangen liesse; nichts als reine und gemeine Empirie; überall der niedrige Standpunkt des Historikers, der in dem Gegebenen umherkriecht und das Historische aus dem Historischen erklärt! Und welche Gegenstände! So gemein, wie ihre Behandlung! — Welcher Mensch von Verstand mag z. B. drey volle Bogen

über die Frage vollschreiben: was sich der Römer unter *servitus luminum* gedacht habe? Wenn man auch so etwas wüste, man sollte doch dem philosophischen Zeitalter nicht die Schmach anthun, ein solches gemeines Wissen zur Schau zu stellen. — Also, wie gesagt, ich bitte ihn um seiner- und meinetwillen, er lege sogleich diese Blätter auf die Seite oder ins Feuer. — Wenn andere vielleicht aus der Manier und dem Gegenstand dieses Büchelchens den freudigen Schluss ziehen wollten, als wenn es durch und durch eine stillschweigende Retraction bisheriger philosophischer Sünden sey und wenn nun diese Leser wenigstens dem guten Willen, endlich einmal von der Vernunft zum Verstand zu kommen und

statt zu philosophiren etwas besseres zu thun, eine kleine Danckrede zu halten, geneigt seyn möchten; so muß ich im voraus auf diese Ehre Verzicht leisten. Denn ich bin der Meynung, man müsse das eine thun und das andere nicht lassen, die Jurisprudenz könne zu gar nichts Gutem kommen, wenn sie nicht wenigstens zur Linken von der vernünftigen Philosophie, zur Rechten von der verständigen reinen Empirie geführt werde, sie müsse ohnausbleiblich ohne die letzte in eine Art von Tollheit, und ohne die erste in eine Art von Dummheit gerathen. Daß die Philosophen sich oft zu vornehm dünkten, vom Räsonniren zum Lernen herabzusteigen, und die historischen Wissener in ihrer Selbstgenügsamkeit zum philo-

sophischen Allgemeinen nicht hinauf
wollten; daß beyde sich in beständi-
gem Gegensatz dachten und daher jene
von diesen verspottet, diese von jenen
verachtet und bemitleidet wurden; das
scheint mir gewisse Eigenthümlichkei-
ten unsrer juristischen Literatur und ih-
res Zustandes beynahe vollkommen be-
greiflich zu machen. — Wenn Män-
ner, wie mein Lehrer *Hufeland*, wie
Almendingen, *Grolman*, *Hugo*, *Thi-
baut*, *Weber*, *Savigny* und einige an-
dere mit einiger Befriedigung diese Bo-
gen lesen, so wird es mich belohnen
und zur Fortsetzung ermuntern. In
den folgenden Bänden würden dann
größere und practisch wichtigere Ab-
handlungen z. B. eine Revision der Leh-
re über die Præstation des Dolus und

der Culpa in besondern Rechtsverhältnissen, eine Theorie über das so sehr missverstandene juramentum in litem, über das Gewohnheitsrecht und dergleichen ihre Stelle finden,

Kiel

den 16. Juny 1803.

Der Verfasser.

I.

Entdeckung

des Unterschieds zwischen

**Servitus luminum und servitus
ne luminibus officiatur.**

Sollte man glauben, daß auf dem Plätzchen des Römischen Rechts, auf welchem die *servitus luminum* und *ne luminibus officiatur* steht, so viel Raum zum Streit für so Viele seyn könnte? Und doch ist es wirklich so, ohne daß der mehr als hundertjährige Streit, einer Parthey auch nur einen zweydeutigen Sieg gegeben hätte. Was mag wohl *servitus luminum* seyn? fragen Alle. Viele wagen nur zweifelnd ihre Hypothesen, die meisten sprechen entscheidend aus Hypothesen, widerlegen Andere und werden widerlegt von Andern. Hier stehen *Cujaz*, *Duaren* und *d'Avezan* *) und behaupten:

*) *Cuiusius* obs. L. I. obs. 31. *Duarenus* disp. anniv. L. I. c. 33. *D'Avezan* de serv. T. III. c. 17. (*Meermann thes.* II. p. 162.). — Diese Meynung des *Cujaz* und seiner Anhänger ist schon im voraus durch *Harmenopulus* L. II.

servitus luminum sey das Recht, in meine eigne Wand, auf des Nachbarn Grundstück hinaus, Fenster einzubringen. Nach dieser Voraussetzung liegt die Beschwerde des nachbarlichen Grundstücks in der Unannehmlichkeit für den Eigenthümer, daß er sich in seinen Heimlichkeiten von der nachbarlichen Wand aus,

T. 4. §. 5. (ap. *Meermann* p. 134.) widerlegt, wenn er (um ihn in der Uebersetzung reden zu lassen), sagt: *Nonnulli litium amantes atque invidi eos, qui aedificant, et sic in vicinorum aedes despecturi sunt, prohibere conantur: sed neque legibus cautum est, neque sane ex vetustis aedificiis deprehendimus, veteres hanc existimasse injuriam: — unde et nos despectationis commodum nihil pendimus. Unusquisque igitur, qui hoc putat incommodum, aedificanti quidem ignoscat, sed ipse suas communiat aedes, et curet, ne despectari possint, sive per apertos ut vocant cancellos, sive per vela, sive prout ipsi libuerit.*

die sonst gutmüthig manches verbarg, was man nicht sehen sollte, muß beschauen lassen. — Allein Andere bemerken dagegen, daß das Einbrechen von Fenstern in meine eigne Wand, ein Theil des Eigenthumsrechts über meinen Grund und Boden und die darauf stehende Mauer sey. Und darin haben sie recht. Wenn sie nun aber, um den Stein des Anstoßes zu heben, sagen: *servitus luminum* sey das Recht, in eine fremde oder gemeinschaftliche Wand ein Fenster einzubrechen, damit sie mir auf mein Grundstück das Licht zuschicken könne *), so kann man mit Recht fragen: woher wißt Ihr, woher beweist Ihr, daß dieses Recht gerade die *servitus luminum* sey? Auf diese Frage bleiben Alle die Antwort schuldig, ihr ganzer Beweis beruht dar-

*) *Schweser th. serv. p. 132. Lauterbach coll. th. pr. L. VIII. t. 2. §. 6. Stryck U. M. ib. §. 11. Hofacker princ. J. Rom. §. 1089.*

auf, daß sie eine in sich selbst denkbare Hypothese an die Stelle einer undenk-
baren setzen und uns glauben machen
wollen, daß die Möglichkeit des Be-
griffs schon der Beweis seiner Wirklich-
keit sey. Diese Bemerkung wird wohl
vorläufig zureichen; denn ich will die
nachher zu erweisende Behauptung, daß
jenes beschriebene Recht einen *eigen-
thümlichen* Namen habe, noch jetzt nicht
geltend machen. — Ein drittes, viel
kleineres Häufchen unterscheidet beyde
Dienstbarkeiten bloß dem *Grade* nach,
ohngefähr so, wie eine stockfinstere
Nacht von der Dämmerung unter-
schieden wird. *Nam in servitute luminum hoc
minus est, quam in servitute, ne lumini-
bus officiatur, quod qui hanc debet altius
aedificare non prohibeatur, aliaque facere,
modo tantum luminis vicino relinquat,
quantum ad usum diurnum sufficiat:
qui autem debet, ne luminibus officiatur,
nihil omnino facere possit, quo
lumen minuatur, etiamsi vicini*

aedes luminibus abundent *). Auch diese Erklärung ist nichts, als Vermuthung, ohne nur eine wahrscheinliche Vermuthung zu seyn. Eine solche Unterscheidung nach dem Grad, nach dem Mehr oder Weniger des Lichts, eine Unterscheidung ohne bestimmte Gränzen, ohne denkbaren Grund und Zweck, kündigt sich selbst als leer und bedeutungslos an. — Weit klüger macht es *Noodt* **), der durch ein salto mortale aus dem Tummelplatz herausspringt und den Streit über die Art des Unterschieds dadurch am einfachsten schlichtet, daß er einen Unterschied überhaupt läugnet und beyde Dienstbarkeiten nur für eine und dieselbe erklärt. — Aber am friedlichsten denkt unfehlbar *Höpfner*. „Auf die Sache „kommt wenig an“ — ruft er den Streitenden zu. — „Indessen ist es eine Cautel „für den, der sich *servitutum luminum*

*) *Vinnius ad inst. §. 1. de servit. nr. 8.*

**) *Comm. ad D. L. VIII. t. 2.*

„geben läst, daß er sich ausdrücklich aus-
 „bedingt, es solle ihm nicht das mindeste
 „vom Licht benommen werden!“ *).

Dieser ganze Streit, wage ich zu behaupten, gehört zu den erbaulichsten Merkwürdigkeiten, die nur jemals von unsrer juristischen Gelehrtenrepublik für das Sprüchlein geliefert worden sind:

Den Herrn glänzt oft zu vieles Licht,
 Sie sehn den Wald vor lauter Bäumen
 nicht.

Daß die Wahrheit, an der Alle ein Paar Jahrhunderte hindurch hitzig vorbeylie-
 fen, um sie zu bekommen, ganz offen,
 klar und unverkennbar vor allen Augen
 liege; daß es beynahe ein psychologi-
 sches Räthsel sey, wie Gelehrte, deren
 Gehirn man, wie *Leisewitz* sagen würde,
 mit keiner Nadelspitze berühren konnte,
 ohne ein halbes hundert Ideen zu spie-
 ssen, sie nicht sehen, nicht einmal ah-

*) *Commentar* §. 362.

nen konnten: davon wollen diese Blätter überzeugen.

Paulus ist der einzige, der die Frage über den Unterschied zwischen einer *servitus luminum* und einer *servitus ne luminibus officiatur* zum Zankapfel gegeben hat, den daher allein die Schmach trifft, in einer Stelle, auf deren Klarheit und Eleganz er sich vielleicht nicht wenig zu gute that, auch nicht entfernt verstanden worden zu seyn. Er sagt in der L. 4. *D. de servitutibus praediorum urbanorum*

Luminum servitute constituta id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat. Cum autem servitus imponitur: ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur, ne jus sit vicino altius aedificare, atque ita minuere lumina nostrorum aedificiorum.

Dieser Text hat in kritischer Hinsicht ganz seine Richtigkeit. Denn das *in*, welches im Florentinischen Manuscript

nach dem Worte *luminum* eingeschaltet ist, kündigt sich von selbst als ein Schreibfehler an, findet sich daher auch in der *Vulgata* nicht *) und würde uns selbst dann nicht stören, wenn es wirklich beyzubehalten wäre. Es ginge dadurch etwas an der Eleganz der Darstellung, aber durchaus nichts an dem Sinne verloren. Zwar will *Noodt*, der so oft Krebs Schäden heilt, die er erst selbst macht, das unschuldige *autem* verdammen. Denn er will nun einmal behaupten, daß die *servitus luminum* mit der *servitus ne luminibus officiatur* ein und dasselbe Ding sey, und setzt daher, um den fatalen Gegensatz zu heben, statt des *autem* ein *etiam* hin. Da nun aber der Schluss: weil meine Meynung in das Gesetz nicht paßt, so muß das Gesetz in die Meynung passen, gewiß nur für den Schließenden bündig war, so kann wohl die-

*) Vergl. *Gebauers* Note zu diesem Text in der *Spangenberg. Ausg.*

ses *etiam* neben seinem Vater in Frieden ruhn.

Und nun wollen wir denn, mit einer Grammatik und einem Lexicon in der Hand, an die Auslegung des Gesetzes gehen, bey welchem alles auf die *luminum servitus* (denn über die andere ist kein Streit) und auf die Uebersetzung von „*lumina nostra excipiat*“ ankömmt.

Dafs in dieser *L. 4. D. cit.* unter *lumina* Fenster zu verstehen seyen, setzen alle, gleichsam als wenn es sich von selbst verstünde, voraus. Und da bestätigt es sich denn von neuem, dafs der Gelehrte oft lieber auf Gerüsten den Hals zu brechen wagt, als dafs er auf ebenem Boden gienge. Warum denken wir nicht vor allen Dingen an das, was durch die Fenster kommt, was eher da seyn mufs, als diese, und daher auch die ursprüngliche und gewöhnlichste Bedeutung von *lumen* ist? *Lumen* heisst *Licht* und der Plural *lumina* heisst auch *Licht*. Wer nicht die *florentia lumina flammis* des *Lukrez* als Beispiel

haben will, der denke an das *pascuntur ignes nocturni et lumina fundunt*, an die *orientia lumina solis*, an die *lumina vitae* des *Virgil*, und wer nichts mit Poeten zu thun haben mag, lese im *Sueton* das *ad lumina ire, ad lumina ascendere* und dergleichen. Noch mehr: *lumina, lumen* ist ein architectonischer Kunstaussdruck, der von *Hellung* der Gebäude gebraucht wird. Im *Vitruv* *) kann man ihn mehrmals finden. Und *Cicero* spielt nicht nur damit, wenn er

*) *De architectura* L. V. c. 1. ed. *Rode* p. 101. In demselben Schriftsteller kommt an einer andern Stelle: L. VI. c. 6. *Fenestrarum lumina valvata* vor. Darunter sind denn Lucken (Fenster) zu verstehen deren *Hellung* mit Thüren versehen ist, d. i. die da, wo die *Hellung* hinein fällt, an ihrer Oeffnung, Thüren haben. Die *lumina* werden also deutlich von den Fenstern, Lucken unterschieden. In dem *Lexicon Vitruvianum* sagt *Rode* bey *lumina*, *Hellung*, *Licht*.

von der Kunst des Redners sagt: *earum omnium rerum, ut aedificiorum, memoria fundamentum est, lumen actio* *); sondern er erzählt uns auch ausführlich einen Prozeß, der über das Licht eines Gebäudes, und nicht über Fenster — über „*lumina*“ sagter, geführt worden ist **).

Aber bedeutet denn auch in der L. 4. *lumina*, nicht Fenster, sondern Licht? Allerdings, und für diese Behauptung berufe ich mich nicht etwa schon darauf,

*) *De opt. or. c. 5. Gesner thes. voc. lumina* erklärt in dieser Stelle das *lumen* durch *Fenster*. Allein (wenn es erlaubt ist, einem *Gesner* in so etwas zu widersprechen) eine solche Uebersetzung giebt beynahe einen albernem, gewifs aber einen unpassenden und geschmacklosen Sinn. „Das Gedächtnis ist das Fundament, das Gebärdenspiel das — *Fenster!*“ Das Gebärdenspiel (*actio*) mit dem Licht, der Hellung eines Gebäudes zu vergleichen, ist doch unstreisig passender.

**) *De Orat. I. 39.*

weil bey dieser Bedeutung, wie sich unten zeigen wird, ein in den Zusammenhang allein passender Sinn erscheint, sondern zunächst auf folgende Gründe. — Zuerst die *Basiliken*. Sie haben zwar, leider, die L. 4. nicht, aber sie haben denn doch die mit derselben genau verwandte L. 30. *D. de usufructu. Si is, qui binas aedes habeat, aliarum usumfructum legaverit, posse heredem Marcellus scribit, alteras altius tollendo obscurare luminibus.* Hier müste man denn unter *luminibus* ebenfalls Fenster verstehen, wenn man blos an diese in der L. 4. denken zu müssen glaubt. Allein die Basiliken übersetzen dieses nicht etwa durch σκοτίζειν θυρίδας, sondern sie übersetzen es durch σκοτίζειν τὰ Φωτὰ *).

Man bedarf aber nicht einmal dieser

*) *Bas. L. XVI. T. I. Tab. II. p. 257.*
Δυναταί ο κληρονομος ὑψουν την παρ
αυτω μεινασαν οικιαν, και σκοτίζειν τα
Φωτα του εις χρησιν δοθεντος οικου.

fremden Hülfe. In der L. 4. selbst liegt der Beweis dafür. Denn in ihr kommt ja am Ende das *minuere lumina* vor, welches doch wohl nichts anders heißen kann, als, das *Licht*, die *Hellung* schmälern. Wer hier an Fenster denken wollte, müste an ein Zumauern oder Zusetzen der Fenster denken, was doch gewiß niemanden einfallen kann. Da nun dem *minuere lumina* das *excipere lumina* geradezu entgegen gesetzt wird, so muß wohl, denke ich, *lumina* hier, wie dort, nicht Fenster, sondern — *Licht* bedeuten.

Da es hier blos darauf ankam, die Augen von den Fenstern zu dem Lichte hinzuwenden, so brauche ich nicht erst zu zeigen, wie man sich dieses Licht zu denken habe. Dafs *lumen* dem *prospectus* entgegen stehe, dafs jenes das Licht sey, das von oben herein fällt, dieser aber die Abwesenheit von Gegenständen bedeute, die mir, wenn ich vor mich hinsehe, den Raum der Aussicht begren-

zen und entferntere Gegenstände verstecken würden: dieses ist bekannt genug *). Indefs steht wohl hier die kleine historische Nebenbemerkung an ihrem rechten Ort, daß der juridische Unterschied zwischen *lumen* und *prospectus* wahrscheinlich erst spät aufgekommen ist, und man wenigstens zu *Cicero's* Zeiten davon nichts wuste. Dieses beweist der schon oben berührte Proceß über die *lumina*, von welchem *Cicero* erzählt. Ein gewisser *Bucculejus*, der sich viel auf seine Rechtsklugheit zu gute that, den uns aber *Cicero* gerade als ein Beyspiel des Gegentheils aufführen will, hatte sein Haus an *L. Fufius* verkauft und in dem Contract versprochen, daß er für das Licht des Hauses, so wie es jetzt sey (*lumina, ut nunc sunt*) dem Käufer haften

*) L. 16. D. de serv. praed. urb. *Lumen id est, ut coelum videretur. Et interest inter lumen et prospectum; nam prospectus etiam ex inferioribus locis est, lumen ex inferiore loco esse non potest.*

wolle. Nun baut jemand kurz nachher in einem entfernten Theile der Stadt ein Haus, welches *Fufius* von seinem Hause sehen konnte. Dieser klagt also gegen *Bucculejus* aus jenem Puncte des Contracts, weil die Beschränkung des kleinsten Theils der Aussicht, eine Verminderung des Lichtes sey *). Und darin liegt nun, nach *Cicero*, der Beweis, für die Unklugheit des *Bucculejus* bey der Abschliessung des Vertrages. Wäre aber

B 2

*) *De Or. I. 39. Quo quidem in genere familiaris noster M. Bucculejus, homo neque meo judicio stultus et suo valde sapiens, et a juris studio non abhorrens, simili in re quadam modo nuper erravit. Nam cum aedes L. Fufio venderet, in mancipio lumina, uti nunc essent, ita recepit. Fufius, simulatque aedificari coeptum est in quadam parte urbis, quae modo ex illis aedibus conspici posset, egit statim cum Bucculejo, quod cuicunque particulae coeli officeretur, quamvis esset procul, mutari lumina putabat.*

schon damals der juridische Unterschied zwischen *lumen* und *prospectus* gewesen, so hätte B. keinen Fehler begangen; es hätte wenigstens aus dieser Klage die Unklugheit seines Contracts nicht haben gezeigt werden können. Dem *Fufius* hätte ja gleich die klare Einrede entgegengestanden, daß sich der Contract bloß auf *lumina*, nicht aber auf *prospectus* beziehe und der Bau jenes Hauses zwar dem letzten nicht aber dem ersten etwas nehme. Hingegen unter der Voraussetzung jenes noch nicht eingeführten Unterschiedes, war es allerdings eine große Unvorsichtigkeit des *Bucculejus*, eine so umfassende und unbestimmte Verbindlichkeit zu übernehmen.

Ich kehre von diesem kleinen Excurs wieder zu meiner L. 4. zurück, und frage: Wenn *lumina* Licht bedeutet, was kann denn *excipere lumina* bedeuten? Auch dieses wollen wir, die Grammatik und ein Lexicon in der Hand untersuchen.

Unsre Interpreten nehmen allgemein

das *excipere* für *recipere* und übersetzen es entweder durch *Fenster aufnehmen*, wie die *Cujazische* Parthey und die Meisten derjenigen, die das Recht in einer fremden oder gemeinschaftlichen Wand ein Fenster zu haben, zur *servitus luminum* machen, oder übersetzen es auch wohl durch *Licht aufnehmen*, (*Licht durchlassen*), wie schon *Accursius* that *).

*) Zu dem Worte *luminum*, sagt die Glosse: *Facit haec lex differentiam inter has duas servitutes: promittis mihi dare lumina, et promittis non nocere luminibus meis. Nam primo casu satis est, si quoquo modo per fenestram tuae domus, vel alio modo das mihi lumen sufficiens. Secundo nihil debes facere, quo minus habeam totum lumen, quod ex coelo habere possum. Zu dem *Excipiat*: quoquo modo, id est, ut differat a casu sequente. Et dic *excipiat*, id est *recipiat*: sic ut ad nos possit venire: etiam per foramina, vel quocunque modo. Et ita minus est dare servitutem luminum et plus, non nocere luminibus.*

Es giebt aber noch eine andere Bedeutung von *excipere*, die man denn doch hätte versuchen sollen, sobald man sah, wohin die gewöhnliche Ansicht führe. — *Hominem excipere* heisst, einen Menschen auffangen; *sanguinem excipere* heisst Blut auffangen; *galea ictus excipere* heisst mit dem Helm Hiebe auffangen; *plagas excipere* Prügel auffangen. Kurz: auffangen, abhalten, verhindern, dass nicht etwas zu etwas anderm komme, ist eine sehr gewöhnliche Bedeutung von *excipere*. Der Zweiflerschlage *Gesneri thesaurum* er. schol. auf, der ihn darüber des Ausführlicheren belehren wird. Also *lumina excipere* hiesse denn, der Wortbedeutung nach, weiter nichts, als das Licht auffangen, abhalten. *Lumina nostra excipiat*, wer das Licht, das sonst zu unserm Gebäude kommen würde, abhält, mithin verhindert, dass es nicht zu uns komme. Die *lumina nostrorum aedificiorum* am Ende des Fragments sind nur eine bestimmtere Exposition von jenem *lumina*

nostra: und das *excipere lumina* nur der prosaische Ausdruck statt des poetischen: *rapere solem* im *Juvenal*, das von allen dessen Interpreten in das gemeine *excipere solem* übersetzt wird.

*Parte alia longis Numidarum fulta
columnis*

*Surgat, et argentem rapiat coenatio solem *)*

Weil nun natürlich da Schatten seyn muß, wo kein Licht ist, und derjenige, der das Licht nimmt, nothwendig Schatten giebt, so ist nach des *Paulus* Erklärung: *servitus luminum* die Dienstbarkeit, durch welche das dienende Gut mit dem Lichte meines Hauses beschwert ist, durch welche ich ein Recht habe auf den Schatten, den mir das nachbarliche Grundstück giebt, das mein Licht aufzufangen und abzuhalten verbunden ist. Hingegen bey der *servitus ne luminibus officiatur* habe ich ein vollkommnes Recht auf das

*) Sat. VII. v. 182. ibique int.

Licht, das mein Grundstück schon wirklich hat, so daß mein Nachbar durch nichts das Licht nehmen, Schwächen und Schatten geben darf. Vermöge jener fodere ich also von meinem Nachbarn, daß er nichts an seinem Grundstück ändere, wodurch mir sein Schatten genommen und Licht gegeben wird; vermöge dieser fodere ich, daß er mir durch Veränderungen auf seinem Grundstücke nicht mein Licht nehme und dafür seinen Schatten gebe. Und nun bitte ich unsre L. 4. noch einmal zu überlesen und wörtlich zu übersetzen:

„Ist die *servitus luminum* bestellt, so
 „hat man das Recht erworben, daß
 „das nachbarliche Grundstück von
 „uns das Licht abhalte (das Licht
 „unsres Gebäudes auffange). Ist aber
 „dem Nachbarn die *servitus ne lumi-*
 „*nibus officiatur* auferlegt, so haben
 „wir vorzüglich das Recht von ihm
 „zu fordern, daß er nicht wider

„unsern Willen höher baue und das
 „Licht unsres Gebäudes schmälere.“
 Was kann klärer, deutlicher und zusammenhängender seyn! Wie bedeutend und gewichtvoll ist hier das *autem*! Wie elegant der Gegensatz von *minuere lumina* und *excipere lumina*! Wie unbegreiflich also, daß man dieses alles allgemein nicht sah! So würde ich ausrufen, wenn eine solche Kleinigkeit Exclamationen verdiente. Indefs glaube ich doch schon jetzt mein Thema bewiesen zu haben und nehme mir daher sogleich die Freyheit, die *servitus luminum* durch *Schattendienstbarkeit*, die *servitus ne luminibus officiatur* durch *Lichtdienstbarkeit* zu übersetzen.

Indefs will ich meinen Beweis zum Ueberflufs noch durch andere Gründe unterstützen. Daß die Römer wirklich eine solche Schattendienstbarkeit hatten, zeigen, ausser der L. 4. auch noch andere Stellen, und selbst den älteren Rechtslehrern war dieses nicht unbekannt, ob sie gleich nicht wusten, daß

dieses die *servitus luminum* sey, worüber sie sich stritten. Vornehmlich gehört hieher die L. 2. *de servitutibus praediorum urbanorum*, wo *Cajus* sagt:

Urbanorum praediorum jura talia sunt: altius tollendi, et officiendi luminibus, aut non extollendi. Item stillicidium etc.

Hier haben wir mit klaren Worten eine *servitus officiendi luminibus vicini* *). Dafs hierunter nicht das *Recht* zu verstehen sey, vermöge welchem ich dem Nachbarn das *Licht nehmen darf*, ist einleuchtend. Denn um durch Bauen meines Nachbarn *Licht zu verdunkeln*, bedarf ich keiner

*) Die angeführte Stelle des *Cajus* ist noch besonders wegen des berichtigten Unterschieds zwischen *serv. altius tollendi* und *altius non tollendi* merkwürdig. Ich hoffe bey einer andern Gelegenheit zu zeigen, dafs sich der Streit über diese *Servituten*, auf *dieselbe Art* endigen werde, wie der Streit über die *servitus luminum*.

Servitut; es ist dieses ein Ausfluß meiner natürlichen Freyheit, die erst durch die *servitus ne luminibus officiatur*, welche sich der Nachbar gegen mich erworben hat, beschränkt werden kann. *Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio*, sagt entscheidend *Ulpian* *) und setzt nur die Einschränkung hinzu **): *qui luminibus vicinorum officere, aliudve quid facere contra commodum eorum vellet, sciet se formam ac statum antiquorum aedificiorum custodire debere*. — Man kann auch jene Stelle nicht etwa so erklären, daß man sagte: Bey der Reparatur oder dem Wiederaufbauen eines alten Gebäudes mußte die alte Höhe beybehalten und es durfte überhaupt nichts verändert werden, was dem Nachbarn das Licht be-

*) L. 9. D. de servit. praed. urb.

**) L. 11. D. eod. Add. L. 14. D. eod. L. 24. §. 12. L. 26. D. de damno inf. L. 1. §. 12. D. de aq. et aq. pluuv.

nahm; allein durch Vertrag konnte doch auch das Recht erworben werden, wider die alte Form, zum Nachtheil des Lichts des nachbarlichen Grundstücks zu bauen *); und dieses Recht, gegen die Form des alten Gebäudes dem Nachbarn das Licht zu nehmen oder zu schmälern, war die *servitus officiendi luminibus vicini*. Dieser Erklärung steht, ohne noch anderer Gründe zu erwähnen, schon das entgegen, daß zu einer jeden Servitut Beschränkung des *Eigenthumsrechts* des andern in Ansehung der dienenden Sache gehört; hingegen die Entziehung des Lichts durchaus als keine Einschränkung des fremden Eigenthumsrechts über die Sache gedacht werden kann, vielmehr dieses frey und ungehindert, vor wie nach, neben dem *Recht* des Nachbarn zur Verdunkelung besteht. Was brauchen wir weiter Zeugniß, um gewiß

*) L. 11. §. 1. *de S. pr. U.* L. 12. §. 1. C. *de aedificiis privatis.*

zu seyn, dafs in jener L. 2. die uns angehende Servitut nicht *active*, sondern *passive* zu nehmen, nicht auf das *praedium dominans*, sondern auf das *praedium serviens* zu beziehen sey, dafs also diese Servitut dem Besitzer des dienenden Grundstücks die Verbindlichkeit auflege — *officiendi luminibus vicini*? Diese Worte sind nur eine Variation von dem *excipere lumina*. Was in der L. 2. nur beschrieben ist, erhält in der L. 4. nebst der Beschreibung sein Kunstwort — *servitus luminum*.

Dionysius Godofredus leitet aus unserer L. 2. eine eigne Gattung von Servituten ab, die er *servitutes officiiendi luminibus* nennt und von denen er in seiner Note sagt: *Officiendi luminibus servitus duplex constitui potest, activa vel passiva: activa, ut mihi liceat luminibus tuis officere: passiva, ut tu meis luminibus officias, quia forte id mea interest fieri, puta ad nimium solis ardorem evitandum*. Was diese active Dienstbar-

keit betrifft, so bedarf sie weiter keiner Widerlegung; die passive hingegen ist ein Beweis, daß es nur einer kleinen grammatischen Bewegung bedurft hätte, um sogleich für die *servitus luminum* den wahren Begriff zu entdecken.

Daß aber die *servitus luminum* als Schattendienstbarkeit so lange ganz verbannt und die Schattendienstbarkeit der L. 2. bisher wenigstens in den tiefsten Schatten gestellt war, hat es gewiß zum Theil als psychologischen Erklärungsgrund, daß man dem Schatten in Gedanken unrecht that und daher gar nicht begreifen konnte, wie jemand thörigt genug seyn könne, Dunkelheit und Schatten vor seine Wohnung zu ziehen. Aber dieses heißt die Empfindungen des Nordländers, der freylich über nicht viel Sonnenstrahlen zu disponiren hat, auf den Römer unter Italiens heißer Sonne übertragen. Diesem, der im Lobe am wärmsten ist, wenn er seines Gartens oder eines Zimmers Kühlung rühmt, dem ist

eine Schattendienstbarkeit eben so viel werth, als uns frierenden Hyperboräern eine *servitus ne luminibus officiatur*. Schon *Ulpian* läßt uns deutlich merken, daß eine Schattendienstbarkeit dem Römer von Werth gewesen sey. Indem er von der Verbindlichkeit des Eigenthümers handelt, der mit einer *servitus ne luminibus officiatur* beschwert ist, sagt er *): *Si deponat aedificium, vel arboris ramos, quo facto locus opacus quondam coepit solis esse plenus, non facit contra servitutem: hanc enim debuit ne luminibus officiat: nunc non luminibus officit, sed plus aequo lumen facit* — eine Stelle, die, im Vorbeygehen gesagt, nur unter der Voraussetzung vernünftig erklärbar ist, daß *Ulpian* die Verbindlichkeit dessen, der mit *servitus ne lum. off.* beschwert ist, der Verbindlichkeit desjenigen, dem die *serv. lum.* obliegt, einander im Contrast entgegenstellen wollte, wie schon

*) L. 17. §. 1. D. de serv. P. U.

das emphatische: *hanc enim*, deutlich zeigt. Unstreitig muste aber derselbe Grund, der es bey *Vitruv* *) als Regel der italienischen Baukunst bestimmt, die Gebäude gegen Mitternacht und dem Nordwinde hingewendet aufzurichten, auch die *servitus luminum* erfinden **). War nicht wenigstens das Erfoderniß einer guten Schlafkammer Dunkelheit

*) *De architectura* VI. 1. ed. *Rode* p. 230.
(*Rode's Uebers.* im II. Bd. S. 7.)

**) Die Glossatoren haben den wunderlichen Gedanken: man habe sich *servitutum officiendi luminibus* geben lassen, um die ungebetene Gäste, die sonst zu sehr dem angenehmen Lichte nachliefen, mit guter Manier entfernt zu halten. In der *Gl. ad. L. 2. voc. et offic.* heisst es unter andern: *Dic tertio, quod altius tollendi et officiendi luminibus est servitus, qua licet noceat lumini tamen in aliis expedit mihi: ut quia plures homines veniebant ad me, et faciebant expensas plures.*

und Kühle? Mit Freude spricht *Plinius* von seiner tuscischen Villa, deren Schlafzimmer dem Tageslicht so unzugänglich war, wie dem Geräusch *), und mit Entzücken von dem Stübchen auf Laurentium, „wo man nicht hört der jungen
 „Slaven Lerm, das Getöse des Meers
 „oder des Sturmes Brausen, nicht sieht
 „das Leuchten des Blitzes und das Licht
 „des Tages **).“ Gewiss, war nicht jedem Römer des *Plinius* Glück beschieden. Das Haus, überall der Sonne Preis gegeben, bot vielleicht kein Plätzchen dar, wo er im Sommer seine Mittagsruhe halten, oder seinen Gastfreund bewirthen konnte: nur ein nachbarliches Haus gab wenigstens von einer Seite Schatten. Wenn es der Nachbar niedrigerissen, niedriger gebaut hätte! Ihm eine *servitus luminum* abgekauft und allem Unfall war

*) L. V. ep. 6.

**) L. II. ep. 7.

vorgebeugt! Bey dem Freunde des Weins konnte schon die Gefahr für das geliebte Weinbehälter eine solche Dienstbarkeit veranlassen. Denn dieser wußte den ökonomischen Grundsatz, daß der Wein Schatten haben muß, wenn er nicht trüb und schaal werden soll *). Gab nun des Nachbarn Haus allein den Schatten, was war natürlicher, als in einer Schatten-dienstbarkeit, dem interessanten Ort für jetzt und künftige Zeiten Sicherheit zu erkaufen. — Doch genug! denn, indem ich meine Feder ansetzen will, um noch ein Paar schöne Citate anzubringen, fällt mir ein, daß ich es da nicht besser mache, als jener Schriftsteller *de cane facinorosorum indagatore*, der erst aus Poeten, dann aus den Schriften der Naturhistoriker und endlich aus einem halben Dutzend Chroniken deducirt, daß eine

*) *Vitruv de arch.* VI. 9. (in *Rodes* Uebers. II. Bd. S. 34.)

Hunde-Nase besser, als eine menschliche sey.

Nur noch ein kleines Steinchen will ich aus meinem Weg hinwegschieben. Es ist das einzige, welches mir die Vertheidiger der ältern Meynungen in den Weg legen. In der That ein so unbedeutender Einwurf, dafs es kaum der Mühe lohnt ihn wegzuräumen! Diejenigen, welche einmal bey *servitus luminum* an Fensterrecht denken, an das Recht, in einer fremden oder gemeinschaftlichen Wand ein Fenster zu haben, pflegen sich auf die L. 40. D. de serv. praed. urbanorum zu berufen. Diese Stelle sagt nemlich: *eos, qui jus luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi nullo jure fenestras immisisse respondi* *):

C 2

*) Cujacius L. I. obs. 31. liest hier, statt *communi*, *coeco*. Er hat nemlich obs. 4. behauptet, die *servitus luminum* gebe mir das Recht, in meine eigne Wand ein Fenster zu brechen, und um nun da-

Auf denselben Inhalt zeigt die L. 8. C. de servit. et aqua hin, wenn sie sagt: *Altius quidem aedificia tollere, si domus servitutum non debeat, dominus ejus minime prohibetur. In pariete vero tuo, si fenestram Julianus vi et clam fecisse convincatur: sumtibus suis opus tollere, et integrum parietem restituere compellitur. Pothier*, in dem gewöhnlichen Irrthum, verbindet daher die L. 40. un-

für wenigstens ein Gesetz zu haben, macht er es sich selbst, und schnitzt die L. 40. nach *Harmenopulus* L. II. ὁ μὴ ἔχον δικαίον φωταγωγῶν θυρίδων, οὐ δύναται τυφλὸν τῷ χον ἀνοίγειν, καὶ ποιεῖν θυρίδας. Vergleicht man diese Stelle mit der ausführlichen Äusserung des *Harmenopulus* selbst L. II. t. 4. §. 5., so sieht man unwiderlegbar, daß *Harm.* in jener angezogenen Stelle ganz und gar nicht sagt, was ihn *Cujacius* sagen läßt, und daß sie sich auf eine ganz andere Voraussetzung beziehen muß.

mittelbar mit der L. 4., um diese aus jener zu bestimmen und zu erklären *). Allein um in jener L. 40. eine solche Beziehung zu finden, muß man schon in der L. 4. gesehen haben, was man darin gewöhnlich sieht. Denn daß aus dem Satz: wer Fenster in eine gemeinschaftliche Wand machen will, der muß dazu das Recht besonders erworben haben, nicht im mindesten folge, daß nun dieses Recht die *servitus luminum* sey, dieses muß doch wohl durch sich selbst einleuchten. Allerdings kannten die Römer eine Servitut, die in dem Rechte bestand, in einer fremden aber gemeinschaftlichen Wand ein Fenster zu haben; aber diese hatte einen ganz andern Namen und hieß — *servitus fenestrae*. Den Beweis liefert *Cajus*, den man aber (wie denn immer ein Irrthum andere zur Gesellschaft erhält,) in Rücksicht dieses Punktes ge-

*) *Pandectae Justinianae* T. I. pag. 241.

wöhnlich ganz anders genommen hat.
Er sagt, nach der gewöhnlichen Lesart:

Praediorum urbanorum jura sunt stillicidia, fenestrae, cloacae, altius erigendae domus, aut non erigendae, et lumixum, ut ita quis fabricet, ut vicinae domui lumen non tollat.

Dieser Text, so wie ihn uns noch *Schulting* liefert, verwirrt alle Begriffe von diesen Servituten, nach allen Theorien. Die Dienstbarkeit, vermöge welcher ein Nachbar dem andern das Licht nicht nehmen darf, ist die *servitus ne luminibus officiatur*; dieses ist, nach unzähligen und unbezweifelten Gesetzstellen, ausgemacht; dieser steht die *servitus luminum* entgegen; auch dieses ist entschieden. Nach diesem Texte aber würde *Cajus* geradezu der *servitus luminum* beylegen, was sonst den Character der *serv. ne lum. off.* ausmacht. *Schul-*

ting *) vermuthet, *Cajus* habe geschrieben: *Praed. urb. j. s. stillic. lumina, cloacae etc. — — et ne luminibus officiat, ut etc.*, *Anian* aber habe nun statt: *lumina*, *fenestrae*, und statt: *ne lum. off. luminum* hingesetzt. Die Conjectur hat aber nicht nur den Vorwurf einer zu großen Kühnheit und Willkührlichkeit, sondern auch den Mangel eines befriedigenden Resultats gegen sich. Die Römischen Rechtsgelehrten sind gewohnt, verwandte Servituten neben einander zu stellen, wie es auch hier *Cajus* bey der *servitus altius tollendi* und *altius non tollendi* thut, wie es insbesondere *Paulus* in Ansehung der *serv. lum.* und *ne luminibus off.* gethan hat. Dafs nach dieser Conjectur diese so eng verwandten Dienstbarkeiten auseinander gerissen, durch weite Zwischenräume und drey dazwischen gehöbene fremdartige Servituten

*) *Instit. I. II. T. 1. §. 3.*

**) *Jur. Antej. pag. 76. not. 30.*

getrennt worden, ist wider alle Analogie und daher wider die Annehmlichkeit dieser Hypothese. Es ist folglich unbedenklich mit *Alexander* *) statt *luminum*, *ut ita* etc. zu lesen: *luminum*, *et ut ita quis fabricet*, so daß nun die *serv. luminum* neben der *servitus ne lum. off.* steht, jene bloß nach ihrem Namen, ohne Erklärung, diese nach ihrer Erklärung, ohne ihren Namen. Der Verfertiger des Breviarii theilte das Schicksal der Neuern, konnte sich darin nicht finden, daß und wie die Servitut, die von den Worten: *et ut quis* an beschrieben wird, etwas anders seyn könne, als die *serv. lum.* selbst, und schnitt daher das *et* mit kühner Hand hinweg. Vielleicht daß ursprünglich der Text: *et luminum, et ne luminibus officiat*, *ut* etc. gelesen wurde, und daß nun Anian aus demselben Grunde nicht weniger als vier Worte hinweggestrichen hat. In-

*) *Ad h. l. ap. Schulting J. A. p. 77. not. 34.*

deßs wollen wir uns mit der bescheidenen Emendation des *Aleander* begnügen. Ich weiß zwar wohl, daß *Schulding* *) gegen diese etwas einwendet und sagt: *Emendationem hanc, si admittamus bis habebimus servitutem luminum, quam jam ante proposuit Anianus sub nomine fenestrae.* Ist weiter nichts einzuwenden, so können wir ruhig bey *Aleander* bleiben; denn daß unter den *fenestris*, *lumina* zu verstehen seyen, ist eine schlechthin grundlose und willkührlich vorausgesetzte Behauptung.

Wenn wir nun mit *Aleander* lesen, so findet sich in jener Stelle des *Cajus* folgendes: I.) die *servitus ne luminibus officiatur*, die am Ende beschrieben, aber nicht genannt wird; II.) die *s. luminum*, die nur genannt, aber nicht beschrieben wird; endlich III.) eine *servitus fenestrae*. Und was wäre denn un-

*) J. A. *ibid.*

ter dieser zu verstehen? Gewiss, der Klang der Worte leitet einen jeden von selbst auf den Begriff. Die Dienstbarkeit, welche in der L. 40. *cit.* beschrieben, auf die in der L. 3. C. *cit.* hingedeutet ist, hat sonst nirgends einen Namen; denn, daß sie *servitus luminum* heiße, diesen Einwand brauche ich wohl nicht zu fürchten. Sollte sie aber gar keinen Namen geführt haben? Dieses wäre ganz gegen die Analogie. Die Rechtslehrer haben uns doch keine andere Dienstbarkeit, ohne ihren eignen Namen hinterlassen. Nun denn, wie konnte das *jus aperiendi fenestras in pariete aliena* einen passenden Namen führen, als — *servitus fenestrarum s. fenestrae*? Was könnte also *Cajus* unter der *servitus fenestrae* anders gedacht haben, als eben jene Servitut, auf die sich die eben genannten Stellen

beziehen? Wenn *Schulting* sagt: *s. fenestrae* komme sonst in dem Rechtssystem nicht vor, und also sey sie von *Anian*; so wird man wohl dieser Bedenklichkeit kein großes Gewicht beylegen können. Auch die *s. luminum* kommt in den Pandecten nur einmal vor. Sind darum diese Worte von Tribonian?

Das eigentliche Geschäft dieser Abhandlung ist hiemit geendigt, und der Leser mag entscheiden, ob sie ihr Wort gehalten hat. Aber als Epilogus, Zugabe, oder wie man es sonst nennen will, erlaube ich mir noch eine kleine Bemerkung über eine andere Stelle des *Paulus*, die von sehr vielen (ich weiß nicht, ob von Allen) auf die *servitus ne luminibus officiatur* bezogen wird, und in so fern einen Beweis liefert, mit welcher unerhörten Willkührlichkeit und Ober-

flächlichkeit Gesetze von ihren Interpreten behandelt werden. Die L. 24. D. de servit. praed. Urb. sagt:

Cujus aedificium jure superius est, ei jus est, in infinito supra suum aedificium imponere: dum inferiora aedificia non graviore servitute oneret, quam pati debent.

Selchow *), den ich bey diesem Gesetz oft angeführt, aber nie widerlegt gefunden habe, behauptet, mit gelehrter Hinweisung auf die sieben Hügel Roms, diese Stelle rede von dem Fall, wenn das eine Gebäude an einem Hügel gebaut, das andere niedriger gelegen sey. Und nun, meynt er weiter, der höher wohnende

*) *De servitute altius tollendi Romana.*

C. II. §. 25. (in *Electis juris Germ.* Nr. 1. pag. 49. sq.)

dürfe, nach diesem Gesetz, seine natürliche Lage nicht dahin missbrauchen, dem Thalbewohner alles Licht zu entziehen; sonst aber sey jener berechtigt *in infinitum* höher zu bauen. Trefflicher exegetischer Scharfsinn! Das *jure superius est*, hiesse nach *Selchow's* Exegese: *natura loci superius est*! Dafs die Worte *non graviore servitute oneret, quam pati debent*, auf das klarste von einer dem höheren Gebäude zustehenden Servitut sprechen, deren sich der Eigenthümer *non civiliter* bedient, wird als eine Kleinigkeit nicht geachtet! Und dafs sowohl das *servitute*, als das *oneret* nur metaphorisch zu nehmen seyen, wird als ausgemacht vorausgesetzt!

Das Gesetz spricht von dem Falle, wenn das eine Gebäude, vermöge einer Servitut, über dem andern ist (*si aedifi-*

cum jure [scil. *servitutis*] *superius est*) d. h. auf dem andern *aufliegt*, wie sich jetzt von selbst versteht, und durch das *oneret* sogar ausdrücklich angegeben wird. Der Eigenthümer des *praedii dominantis* ist nun berechtigt, ohne daß er auf ein bestimmtes Maas in Ansehung des andern beschränkt wäre, höher zu bauen, und das nachbarliche Grundstück schwerer zu belasten; (*ei jus est, in infinito supra suum aedificium imponere*): aus dem ganz natürlichen Grund, weil das höher Bauen vermöge seines Eigenthumsrechts geschieht, und das nachbarliche Grundstück, vermöge der Servitut, *überhaupt* (nicht bloß in Ansehung eines gewissen Maases) das fremde Eigenthum zu tragen schuldig ist. Allein jeder zu einer Dienstbarkeit Berechtigte ist durch den Grundsatz: *servitute civiliter uti debet*, in der Aus-

übung seines Rechts begrenzt. Diese Grenze würde der Eigenthümer eines solchen herrschenden Grundstücks überschreiten, wenn er so viele Stockwerke aufbauete, daß dadurch das dienende Haus beschädigt, und wohl gar durch Gröfse der Last in die Gefahr des Einsturzes gebracht würde. Also setzt nun *Paulus* die Einschränkung hinzu: *dum inferiora aedificia non graviore servitute oneret, quam pati debent.*

Sollte gegen diese Erklärung noch irgend ein Zweifel möglich seyn, so könnte man den Zweifler an *Harmenopulus* verweisen, der diese Stelle so übersetzt, daß man — ich mögte beynahe sagen — Maulwurfsaugen haben müste, wenn man durch ihn nicht klar sehen wollte. Οὕτινος τὰ οἰκηματα δικαίῳ δολείας ὑπερκεῖται ἐν τῇ ἐξουσίᾳ τοῦτου ἐστὶν

ἐπ' ἀπείρον ταῦτα ὑψοῦν ἐν καὶ μέντοι τὰ ὑπο-
 κείμενα του γειτονος μὴ βαρυνεῖν δαλεια βα-
 ρυτερα, παρ' ἣν φερεῖν οφείλουσιν *). An ei-
 nem andern Ort sagt *Harmenopolus*
 in derselben Beziehung und in einem
 Punkte noch deutlicher: ὅεχον τὰ ἀνωγεα,
 τοῖς ἰσίοις ἐπικτιζει ὅσον θελει μὴ βαρων μεν
 τοι τὰ κατογεα ὑπερ δυναμιν **).

*) Lib. II. T. IV. §. 62. „Cujus aedes ju-
re servitutis superiores sunt, in ejus
est potestate in infinitum illas extollere,
dummodo inferiorem vicinum (wört-
 lich: *inferiora vicini*) *graviori haud*
premat servitute, quam pati debeat,
(debeant).

**) *Qui superiorum aedium dominus est,*
suis superexstruit, quantum vult; dum-
modo inferiores supra vires non gra-
vet. §. 67.

II.

Beweis, daß die Redhibitorienklage sowohl statt finde wegen Mängeln, welche die Brauchbarkeit der Sache völlig aufheben, als auch wegen solchen, die ihren Werth verringern.

امام گلزار

Der neuere Rechtslehrer kommt oft in den Fall, beweisen zu müssen, was die Aeltern keines Beweises werth fanden, weil sie mit Recht voraussetzten, daß kein Mensch mit einigem Schein das Gegentheil werde behaupten können. So geht es mir mit dem gegenwärtigen Beweisthema. — Nach einer in allen neuern Schriften behaupteten, in der Praxis allgemein angenommenen, nirgends bewiesenen, nirgends (so viel ich weiß) bezweifelten Theorie, ist die Anwendbarkeit der *actio redhibitoria* und der *actio quanti minoris* davon abhängig: Ob die Waare für den Käufer ganz unbrauchbar, oder ob nur ihre Brauchbarkeit durch den an ihr haftenden Fehler verringert ist? Dort allein giebt diese Theorie dem Käufer das Recht zur Aufhebung des ganzen Vertrags durch die *redhibitorische* Klage,

hier giebt sie ihm nur ein Recht auf die Zurückforderung eines Theils des Kaufpreisses durch die *ästimatorische Klage* *). Auch noch *Malblanc* stimmt dieser Theorie bey, ob er sie gleich in den Worten etwas anders wendet, worin er schon *Voet* **) zu seinem Vorgänger hat. Er läßt die redhibitorische Klage zu: *Ob tale vitium corporis latens et defectum, quem si scivisset emtor tanti non fuisset emturus* ***). Diese Ausdrücke bezeichnen dieselbe Sache. Denn fragt man: wenn würde denn der Käufer die Sache gar nicht gekauft haben? so ist die Antwort: wenn ihm die Sache zu gar nichts

*) Cf. *Stryck usus mod.* L. XXI. Tom. I. *Lauterbach coll. th. pr. ib.* §. 16. *Hellfeldt J. for.* §. 1111. u. 1112. *Hofacker princ. jur. civ.* §. 1930. u. 1931. *Boehmer de action.* S. II. c. 8. §. 76. *Hoepfners Comment.* §. 734.

**) *Comm. ad D. h. t.*

***) *Malblanc prin. jur. Rom.* P. II. S. II. §. 585. 586.

taugt; fragt man, wenn würde er sie nicht so theuer gekauft haben? so kann es wieder keine andere Antwort geben, als: wenn sie nicht alle Brauchbarkeit hat, die er, als er den bestimmten Preis versprach, voraussetzte.

Wann, wie, wodurch diese wunderliche Theorie aufgekommen sey? weiß ich nicht zu bestimmen. Die meisten alten Rechtslehrer, — das ist entschieden — wußten nichts davon*). Ich nenne diese Theorie wunderbarlich, ohne an ihre Ungründlichkeit zu denken. Man erwäge nur, wie schwankend die ganze Unterscheidung, wie unbestimmt und wie grenzenlos sie ist. Wer kann aus Gründen sagen: dieser Fehler macht die Sache ganz unbrauchbar, jener nicht?

*) *Westenberg princ. jur. sec. ord. Pand. Dig. h. t. in Opp. T. II. p. 342. seqq. Noodt. Comm. ad D. h. t. Heineccii ad edict. Aedilitium florum sparsio. C. III. §. 9.*

Sie ist durch ihn überhaupt, sie ist diesem Käufer durchaus nutzlos, sie ist ihm nutzlos nur zum Theil? Bey einigen wenigen Fehlern läßt es sich wirklich thun, bey den allermeisten nicht. Die Grenze zwischen absoluter Unbrauchbarkeit und verringerter Brauchbarkeit ist so unkenlich, hängt von so vielen relativen Beziehungen ab, daß man schon *a priori* dem Scharfsinne der Römischen Rechtsgelehrten eine solche Unterscheidung nicht zutrauen darf. Ein Bauer stellte die redhibitorische Klage wegen eines seidenen Halstuchs an, das ihm der Krämer mit einigen Löchern verkauft hatte. Es kam darauf an: ob die Klage zugelassen oder angebrachtermafsen verworfen werden müsse? Und ehrwürdige Rechtsgelehrte erkannten das erste, weil die Sache nun untauglich sey. Allein ich dachte in meinem Sinn: läßt sich der Bauer die Löcher zumachen, so kann er es ja wohl tragen und ist es ihm als Sontags-Halstuch zu schlecht, so trage er es des Werk-

tags, wo es noch gute Dienste thun und ihm recht hübsch kleiden wird.

Die Römer kennen den Unterschied zwischen Haupt- und Nebennängeln gar nicht, schränken die redhibitorische Klage nicht ein, auf besondere Arten von Fehlern, im Gegensatz derjenigen Fehler, die der ästimatorischen Klage gehören sollen, sehen nicht auf den Unterschied zwischen völliger Unbrauchbarkeit und bloß verringertem Werth, sondern lassen, sobald nur überhaupt der Fehler einen Gegenstand des Edicts ausmacht ohne Einschränkung beide Klagen alternative zu. Dieses Thema läßt sich nach allen Gesichtspuncten und Kategorien erweisen.

Mit einer Genauigkeit, die uns bald zur Verwunderung, bald zum Lächeln zwingt, untersuchen die römischen Juristen, wenn überhaupt das Edict zur Anwendung komme. Der größte Theil des Titels: *de Aedilitio edicto* sucht an einzelnen Fällen, von der Tollheit an bis zum Bettp**n herab zu bestimmen, was

ein Fehler (*vitium*) oder eine Krankheit (*morbis*) sey? wenn der Fehler vor das Edict gehöre, wenn nicht? Es wäre doch sonderbar, wenn eben die Rechtslehrer, die bey jener Frage, nach der spitzfindigsten Casuistik, bis zum kleinsten Detail specieller Fälle herabsteigen, jene Theorie angenommen und doch auch nicht ein einzigesmal einen Fall berührt hätten, um an ihm zu zeigen, daß er bloß zur *Aestimatorii* Klage, nicht aber zur *actio redhibitoria* berechti-ge. Ihre ganze Casuistick geht aber überall nur darauf hin, zu zeigen, wenn überhaupt das *Edictum Aedilitium* satt finde. Wie läßt sich dieses denken, wenn sich das Edict in jene zwey verschiedene Zweige wirklich getheilt hat? Wenn die Rechtsgelehrten von dieser Trennung etwas gewußt haben? Sie unterscheiden zwar zwischen bedeutenden und unbedeutenden Fehlern, aber nur in der Absicht, um diese, welche die Tauglichkeit der Sache weder *aufheben* noch *beschränken*,

von den ädilitischen Klagen völlig auszuschliessen. Es heisst: *non omnem morbum dare redhibitioni locum. ut puta levis dentis auriculaeque dolor, aut mediocre ulcus: Non denique febriculam quantulam libet ad causam hujus edicti pertinere* *).

Das römische Recht bestimmt auch deutlich genug den Gegenstand der redhibitorischen Klagen. Jeder Fehler, jede Krankheit (blos die rein geistigen Fehler des Sklaven ausgenommen) sobald sie nur die Brauchbarkeit der Sache verringert, bestimmt die Redhibition, wie an unzähligen Stellen gesagt wird. Die Worte des Edicts selbst, ohne im geringsten der völligen Unbrauchbarkeit zu erwähnen, nehmen blos das Daseyn eines *vitii* oder *morbi* überhaupt zum Grund der Redhibition. *Qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores quid morbi vi-*

*) L. 4. §. 6. D. de Aedil. ed.

tiique cuique sit, quis fugitivus errore sit. — Quod si mancipium adversus ea venisset: quod ejus praestari opertere dicetur, emtori omnibusque, ad quos ea res pertinet, judicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur *), Auch bey dem Verkauf der Thiere setzt es zur Redhibition blos ein *vitium* oder *morbum*, ohne allen Beysatz, voraus **), Daher fragen die Rechtslehrer, um zu bestimmen, wenn redhibiret werden könne, *niemals*: ob die Sache unbrauchbar sey? sondern nur, ob ein Fehler überhaupt, eine Krankheit an sich da sey? Um zu bestimmen, daß Redhibition statt habe, genügt ihnen schlechthin zu sagen: dieser Zustand des Thieres oder Sklaven ist Krankheit oder Fehler; um die Redhibition auszuschliessen, sagen sie blos: in diesem Zustand ist der Sklav oder das

*) L. 1. pr. de Aed. ed.

**) L. 38. pr. eod.

Thier gesund *). *Ulpian* giebt ausdrücklich die allgemeine Regel: *si quid tale fuerit vitii, sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediat, id. dabit redhibitioni locum; dummodo meminerimus, non ubique quodlibet, quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur. Proinde levis febricula aut vetus quartana, quae tamen jam sperni potest, vel vulnusculum modicum, nullum habet in se delictum quasi (quamvis) pronuntiatum non sit; contemni enim haec po-*

*) L. 8. L. 4. §. 1. L. 10. pr. §. 1. 2. 3. L. 12. §. 1. und in anderen beynahe zahllosen Stellen dieses Titels: *Harmenopulus* L. III. T. 3. §. 91. (ap. *Meermann* op. p. 173.) sagt blos, wenn er vom *actio redh.* und *aestimatoria* redet. *Animal venditum si latens vitium habeat intra fenestre tempus secundum leges redhibeatur: sui vero sex quoque menses praeterierint minuatur pretium* (μειοδο το τιμημα). *Harmenopulus* kennt keinen andern Unterschied dieser Klagen, als den Unterschied ihrer Dauer.

tuerunt *) Also jeder Fehler, der die Tauglichkeit vermindert, den Gebrauch stört (*impediat*) und dadurch nur den Werth verringert, ist ein Rechtsgrund zur völligen Aufhebung des Vertrags. Damit man nicht etwa das *impediat* falsch verstehen, für eine Aufhebung aller Brauchbarkeit nehmen und nur in *soferne* der redhibitorischen Klage aneignen könne, daß die übrigen die Brauchbarkeit bloß verringernden Fehler der Aestimationsklage anheimfallen; dazu steht der Nachsatz da, der denjenigen Fehlern, *quae usum impediunt* und welche der Redhibitorienklage zugeschrieben werden, diejenigen Fehler entgegengesetzt, welche gar nicht Gegenstand des Edicts sind, *quae sperni possunt*, oder wie sich *Ulpian* in der L. 4. §. 6. ausdrückt: *quae ad causam hujus edicti non pertinent*. Aus diesem Gegensatz des *Ulpian* geht entscheidend hervor, daß alle Fehler, wel-

*) L. 1. §. 8. *cod.*

che nur überhaupt Gegenstand des Edicts sind, die Redhibitorienklage zulassen. Wer recht vollständig den Umfang des Sinnes von *usum ministeriumque hominis impediatur* erklären will, kann denselben *Ulpian* von einer andern Stelle her zum Zeugen rufen. Er sagt *): *Si quis plures digitos habeat, sive in manibus, sive in pedibus, si nihil impeditur numero eorum non est in causa redhibitionis: propter quod non illud spectandum est, quis numerus sit digitorum, sed an sine impedimento vel pluribus, vel paucioribus uti possit.* Wer bedürfte es wohl sich hier ausdrücklich sagen zu lassen, daß dieses *impedire* bloß durch hindern, geniren, zu übersetzen sey? — — Der Fehler der Waare gehört also entweder überhaupt zum Inhalt des Edicts oder nicht; dort hat immer die Redhibitorienklage statt, hier weder Redhibitorien-

*) L. 10. §. 2. eod.

klage noch ästimatorische Klage. *Non datur tertium.*

Doch ich will mich damit nicht begnügen, denn es giebt, glaube ich, noch entscheidendere Gründe. Betrachteten die Römer die Unbrauchbarkeit der Sache, als Grund der Redhibition, so musten sie bloß die *Folge* des Mangels, dessen *Einfluss* auf die Zwecke des Käufers berücksichtigen. Aber nein, nicht einmal bloß der verringerte Werth, sondern der innere *Grund* des verringerten Werths, ist den römischen Rechtsgelehrten die Basis, auf die sie das Recht zur Redhibitorienklage bauen. Bey einem und demselben Mangel lassen sie jene Klage zu, oder schließen sie aus, je nachdem die Ursache desselben *vitium morbusve* ist oder nicht — ganz dem Edict getreu das hierauf allein sieht. Hat der Slav einen riechenden Odem, so kann er nur dann redhibirt werden, wenn die Ursache davon eine krankhafte Lunge oder Leber ist, sonst aber

nicht *). Die unfruchtbare Sclavin wird redhibiret, wenn sie *ex vitio corporis* unfruchtbar ist; aber, wenn sie von Natur unfruchtbar ist, muß sie der Käufer behalten. **). Auf gleiche Art wird in andern Fällen unterschieden ***). Und dieses ist denn auch die Ursache, warum die römischen Juristen so ängstlich untersuchen, welcher Mangel *vitium* oder *morb*us sey. Da sie nun überhaupt nicht auf das Verhältniß der Sache, als Mittel zu den Zwecken des Käufers sehen, um die Zulässigkeit der ädilitischen Klagen zu bestimmen; da ihnen bloß das Daseyn eines Fehlers oder einer Krankheit an sich Grund und Quelle dieser Klagen ist, da sie jenes Verhältniß bloß darum berücksichtigen, um völlig unbedeutende Fehler ganz von dem Edicte ausschliessen zu können — was ist einleuchtender, als

*) L. 12. §. 4. *eod.*

**) L. 14. §. 3. *eod.*

***) L. 14. §. 4. *eod.*

dafs die gewöhnliche Theorie, schnürstracks der Theorie der Gesetze selbst widerspreche, dafs sie den wahren Gesichtspunct schlechthin verkehere und verwirre?

Reflektiren wir auf die einzelnen Fälle in welchen das römische Recht die Redhibition zuläfst, so müssen wir unter Voraussetzung der gewöhnlichen Theorie entweder den Stumpfsinn der römischen Rechtsgelehrten bemitleiden, oder über das Benehmen der neuern *) erstaunen, die da Fälle, welche offenbar den Gebrauch der Sache nicht aufheben, sondern nur den Werth in etwas verringern oder einige Unbequemlichkeit verursachen, zu den alle Brauchbarkeit aufhebenden Mängeln zählen konnten. Dafs die römischen

*) Besonders ist es amüſant in *Stryck* a. a. O. alle die Fälle die im römischen Recht als Beyspiele der Redhibition genannt sind, und bei denen keine Seele an Unbrauchbarkeit denken kann, unter der Rubrick von Fehlern, die allen Gebrauch aufheben, aufgestellt zu lesen.

Rechtsgelehrten den blinden oder stummen Slaven, als Gegenstand der Redhibition betrachten *), daß das Edict den Capitalverbrecher redhibiren läßt **); das ist mit jener Voraussetzung zu vereinigen. Aber ist denn der Kurzsichtige ***) ganz unbrauchbar? Ist es der Blödsichtige †)? Ist es der Slave der blos geschwollene Drüsen ††), oder nur das Unglück hat, im Bette nicht den Urin halten zu können †††)? Ist es der Slave der eine zu hohe Hüfte hat, der seine Kinnbacken zum Kauen nicht gut gebrauchen kann *)? — Ein Slav, der noch nicht lange gebraucht war, den sich sein Herr noch so recht nach seiner Hand dressiren konnte

*) L. 8. 9. D. *eod.*

**) L. 1. pr. L. 33. §. 2. 20. D. *eod.*

***) L. 10. §. 3. *eod.*

†) L. 10. §. 4. *eod.*

††) L. 14. §. 8. *eod.*

†††) L. 14. §. 4. *eod.*

*) L. 12. §. 1. 3. *eod.*

(*novitius servus*), war mehr werth als der schon zugerichtete und zur Slaverey gewöhnte (*veterator*) von dem zu vermuthen war, daß er seinen einmal eingeweitschten Schritt fortgehen würde und durch Slavendienst auch schon an Slavenstreiche gewöhnt sey *). Eben darum nun, weil der *veterator* nur weniger werth war, konnte ihn der Käufer redhibiren, wenn ihm der Slavenhändler nicht erklärt hatte, daß das Menschthier schon abgerichtet sey **). Eines der merkwürdigsten und entscheidendsten Fragmente dieser Art giebt uns *Ulpian*: *Qui mancipia vendunt, nationem cujusque in venditione pronuntiare debent: plerumque enim natio servi aut provocat, aut deterret emptorem: idcirco*

*) Cf. *Rad. Fomerius rer. quot.* L. IV. c. I. (*Otto th.* T. II. p. 227.) *Regii εναντιο φανων jur. civ.* L. 1. c. 7. (*Otto* T. II. p. 1482.) *Heineccius ad Edict.* C. III. §. 7. p. 24. seqq.

**) L. 37. *ead.*

*interest nostra scire nationem: praesuntum etenim est, quosdam servos bonos esse, qui natione sunt non infamata, quosdam malos videri, quia ea natione, quae magis infamis est. Quod si de natione ita pronuntiatum non erit, iudicium emptori dabitur, per quod emptor redhibet mancipium *).* An einen die Brauchbarkeit völlig aufhebenden Fehler ist hier gar nicht zu denken und ein solcher ist auch nicht *Ulpian's* Entscheidungsgrund; sondern weil es einem Käufer nicht gleichgültig seyn kann, von welcher Nation der Slave ist, (*quia interest scire nationem*), weil der Slav einer verrufenen Nation die *Vermuthung* gegen sich hat, daß er die Fehler seines Volks an sich habe; weil daher der Slav einer solchen Nation weniger werth und daher wohlfeiler ist, blos darum darf der Käufer den Slaven redhibiren, wenn ihm der Slavenhändler nicht die Nation des-

E 2

*) L. 31. §. 21. eod.

selben genannt hat, sollte er gleich sonst ein braver Bursche seyn und durch Verstand und Sitten jene Vermuthung widerlegen.

Wenn sich, wie bisher gezeigt wurde, die Redhibitorienklage auf alle Fehler erstreckt, die nur überhaupt Gegenstand des Edicts der Aedilen sind, und doch auch neben der Redhibitorienklage die ästimatorische aus dem Edict entspringt; so ist schon hievon die ganz natürliche Folge, daß beide Klagen mit einander in Parallele stehen und dem Kläger überall die Wahl freygelassen ist, ob er, (versteht sich innerhalb der einer jeden Klage laufenden Verjährungszeit) die eine oder die andere anstellen will. Aber diese Folge stützt sich auch noch auf besondere Gründe und diese unterstützen wieder von einer andern Seite, die von mir behauptete Theorie. Es sagt *Cajus* *) ganz allgemein: *Si quid vendi-*

*) L. 18. D. eod.

tor de mancipio affirmaverit, idque non ita esse, eintor queratur, aut redhibitorio, aut aestimatorio, id est quanti minoris judicio agere potest. Dafs dieses Gesetz zunächst blos davon spricht, wenn die Waare *adversus quod dictum promissumve fuërit, cum veniret fuisset*, kann der Beweiskraft desselben schon darum nicht entgegen stehen, weil das Edict, das Verheelen der wirklichen Mängel, und das Nichtleisten der versprochenen Vorzüge, überall verbindet *) und daher dieser Rechtsgrundsatz (bey welchem ohnedies kein denkbarer Grund eintritt, aus welchem er blos auf diesen einen Fall zu beschränken wäre) auch von dem andern Fall zu verstehen ist. Wie liefsen sich auch sonst so viele andere Gesetze begreifen? Hat ein Käufer mehrere Erben, so müssen alle Erben in die Redhibitorien-Klage einwilligen, damit, wie es ausdrücklich heifst, der Verkäufer da-

*) L. 1. pr. D. eod.

durch gesichert werde und nicht etwa, wenn der eine Erbe seinen Antheil redhibiret hat, der andere die *actio quanti minoris* anstelle, und dadurch den Verkäufer in Schaden bringe *). — Fand nicht wegen eines und desselben Fehlers die Redhibitorienklage und die ästimatorische elective statt, wie konnte ein Erbe jene, der Andern diese in Ansehung einer und derselben Sache wählen? Ferner, wie könnte *Ulpian* behaupten, daß wenn von Mehreren, verschiedene Theile derselben Sache gekauft worden, dem einen Verkäufer die Sache redhibiret, gegen den Andern *actio quanti minoris* angestellt werden könne **)? Und wie könnte *Pomponius* ohne alle Unterscheidung ganz allgemein sagen: daß derjenige, dem die halbjährige Frist für die Redhibition verstrichen, nachher innerhalb eines Jahres die ästimatorische Klage

*) L. 31. §. 5. *eod.*

**) L. 31. §. 10. *eod.*

anstellen könne *)? Wie könnte dieses alles seyn, wenn nicht immer, wegen eines und desselben Mangels, diese zwey, blos in Ansehung der Dauer von einander unterschiedenen Klagen, *elective concurrirten*?

„Was du hier zuletzt sagst, wußten auch wir schon längst. Dafs beide Klagen *elective concurriren*, haben wir auch behauptet — aber *cum grano salis*. Wenn nämlich ein Fehler da ist, der zur Redhibition berechtigt, dann darf auch ästimatorisch geklagt werden; allein nicht bey *allen* Fehlern, die vor das Edict gehören, sind beide Klagen concurrent, — nicht bey denen, welche nur die Brauchbarkeit vermindern und daher der *actio quantim minoris* ausschliessend gehören.“ — So mögten mir vielleicht die Vertheidiger der alten Meynungsagen wollen **). Die-

*) L. 48. §. 2. *eod.*

**) Ausser den oben angeführten Schriftstellern noch Schmidt Kl. u. Einw. §. 942.

sen wird aber gewifs jeder aufmerksame Leser an meiner Stelle antworten, dafs einer solchen Einwendung jeder Weg vergraben sey, dafs sie wieder voraussetze, was doch geläugnet und widerlegt worden, nämlich, dafs eine Verschiedenheit der Mängel eine Verschiedenheit der Klagen begründe; und endlich, dafs die Gesetze, die zuletzt als Beweise der electiven Concurrency beider Klagen angeführt worden, von einer Unterscheidung nichts erwähnen, nicht einmal auf das Entfernteste darauf hindeuten.

Es läfst sich nach allem bisher Gesagten kaum begreifen, wie man so einleuchtende von allen Seiten her sich hervordrängende Wahrheiten, verkennen konnte. Indessen es läfst sich doch begreifen. Man hörte in zwey Gesetzstellen etwas von Fehlern, die so grofs sind, dafs der Käufer, wenn er sie gewufst hätte, die Sache gar nicht gekauft haben

*) L. 43. §. 6. *cod.*

würde, die ihm die Sache ganz unbrauchbar machten. Und nun war denn der Stein zum Bau gefunden, für den man schon *a priori* den Riss entworfen hatte.

Die erste dieser Gesetzstellen liefert *Paulus* *). *Aliquando etiam redhiberi mancipium debebit, licet aestimatoria, id est, quanto minoris agamus. Nam si adeo nullius sit pretii, ut ne expediat quidem tale mancipium domino habere, veluti si furiosum aut lunaticum sit, licet aestimatoria actum fuerit, officio tamen judicis continebitur, ut reddito mancipio pretium recipiatur.* Wird nun dadurch nicht deutlich von einem Fehler geredet, der alle Brauchbarkeit aufhebt, im deutlichen Gegensatz von Fehlern, wodurch die Brauchbarkeit nur verringert wird? Ja freylich, aber wie? Es giebt, so viel ich weiß, eine doppelte Meynung über die Auslegung dieses Gesetzes, so ferne es

*) L. 43. §. 6. D. *eod.*

uns hier angeht. Nach der einen redet es von dem Fall, wenn der Kläger Anfangs *actione quantiminoris* geklagt, nachher aber diese Klage aufgegeben, und die *actio redhibitoria* gewählt hat. Unter Voraussetzung dieser Meynung sagt denn das Gesetz, daß diese Wahl der Redhibitorienklage, alsdann zulässig sey, wenn der Fehler alle Brauchbarkeit der Sache aufhebe *). Hieraus, denkt man, folgt also offenbar, daß die Redhibitorienklage auf Fehler dieser Art einzuschränken sey. Bezöge sie sich auch auf die geringern, so würde es ja ganz unbegreiflich seyn, warum nicht auch in dem Falle, wenn vorher wegen eines geringern Fehlers geklagt worden, nachher (jedoch versteht sich, *nondum re judicata*) wegen desselben Fehlers zu der Redhibitorienklage gegriffen werden könne. Von dem

*) *Heineccii* flor. sparsio C. III. §. 9.
p. 90. *Struben* rechtl. Bed. Thl. I.
Bed. 17.

Fall einer Klageverwandlung und dergleichen redet aber dieses Gesetz schlechterdings nicht. Es redet von einem Fall, wo in *demselben* Prozeß, in welchem ästimatorisch geklagt ist, gleichwohl *redhibitorisch* erkannt wird *). Sagt es denn nicht: *redhiberi mancipium dedebit, licet aestimatoria agamus?* Es hat nicht *egerimus* gesagt. Und wann das Gesetz voraussetzte, daß in demselben Prozeß, in welchem redhibitorisch erkannt werden soll, wirklich redhibitorisch geklagt worden sey, (während nur vorher die ästimatorische Klage angestellt gewesen,) wie könnte das so nachdrucksvoll Gesagte: *Officio tamen judicis continebitur, ut reddito mancipio, pretium recipiatur*, nach Sprachgebrauch und Zusammenhang, eine wirkliche Bedeutung haben? — Der Sinn des Gesetzes, so wie

*) Dieser zweyten richtigen Meynung ist *Thomasius ad Huber. tit. de Aed. ed. §. 7.*

er unmittelbar aus den Worten hervorgeht, ist dieser: Wenn Jemand, (versteht sich innerhalb des der Redhibitorienklage laufenden Zeitraums) bloß ästimatorisch geklagt hat, so ist gleichwohl der Richter in *dem* Falle redhibitorisch zu erkennen berechtigt, wenn sich die gekaufte Sache völlig unbrauchbar zeigt. Der *judex* braucht sich also hier nicht an das zu binden, worauf der Kläger *in jure* seine Forderung und der Prätor, der Klage gemäß, die Formel gerichtet hat, sondern wenn der Kläger *in judicio* die völlige Unbrauchbarkeit darthut und daher hier gänzliche Aufhebung des Contracts verlangt, dann darf der *judex pedaneus ex officio* redhibitorisch sprechen *). Unter einer solchen Voraussetzung

*) Man darf also bey der Erklärung dieser Stellen nicht an unsre *judices* und an unsere Prozeßform denken. Erst wenn man an *judices pedaneos* und an den Unterschied und das Verhältniß zwischen *jus* und *judicium* — denkt, und die rö-

ist die Redhibitorienklage stillschweigend in der ästimatorischen enthalten, und es ist so anzusehen, als wenn der Prätor die Formel auf beides zugleich gerichtet hätte. Eben dieses sagt *Julian* in der *L. 25. §. 1. D. de exceptione rei judicatae*, dem zweyten Gesetz, worin die Rechtslehrer ihre Meynung finden. *Est in potestate emtoris, intra sex menses redhibitoria agere mallet, an ea quae datur quanti minoris homo, cum veniret, fuerit. Nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor emturus non fuerit. Quare vero dicitur, eum, qui alterutra earum egerit, si altera postea agat, rei ju-*

mische Prozeßform zum Grunde legt, kann man mit aller Klarheit diese Stelle einsehen. Dafs ich jene Thatsache als vollständig aus den Antiquitäten bekannt, voraussetze, wird Niemand mir verargen.

dicatae exceptione summo veri.

Drey Behauptungen liegen hierin; die *erste*, innerhalb sechs Monathen hat der Kläger die freye Wahl ob er ästimatorisch oder redhibitorisch klagen will; ein Satz, der durch seine Allgemeinheit, ein neuer Beleg unserer Theorie ist; die *zweyte*: hat er die eine gewählt, so kann er nicht mehr die andere wählen, sobald schon nach der einen erkannt worden ist; die *dritte*: ist die Sache ganz unbrauchbar, so ist in der Aestimatorienklage die Redhibitorienklage enthalten, mithin kann der Richter nach dieser sprechen, wenn gleich nur die erste *in jure* angebracht würde. Will man die Verbindung dieser Sätze, durch das *nam* und *quare* deutlich einsehen, so muß man sich die Worte: *Nam non fuerit* in einer Parenthese dencken. Durch diesen Satz will nem-

lich *Julian* nebenbey bemerken, daß der Käufer nicht immer zu wählen brauche, sondern daß in einem als Ausnahme aufgestellten Fall, die eine Klage in der andern enthalten sey — und nun knüpft er durch das *quare*, seinen letzten Satz an die ersten Perioden seines Fragments: — weil der Kläger die Wahl hat, so wird er mit der *exceptio rei judicatae* u. s. w. Was folgt aus diesen Stellen für die alte Theorie? Nichts, gar nichts. Sie beziehen sich blos auf das Verhältniß des *judicis pedanei* und seines Erkenntnisses zu der *in jure* angestellten Klage; bestimmen aus einem Grund der höchsten Billigkeit, daß im Fall der völligen Unbrauchbarkeit dem *judex* freystehe, in seinem Erkenntnis von der Klagformel und der *Formula Praetoris* abzugehen, bestimmen endlich um die Abweichung von der strengen

Prozessform zu erklären und zu rechtfertigen, daß bey einem groſſen Fehler der Sache, die Redhibitorienklage als stillschweigend in der ästimatorischen enthalten und mit dieser als cumulirt zu betrachten sey. Man sieht nun wohl von selbst, wie ganz unmöglich es ist, an diesen Faden die gewöhnlich Theorie zu knüpfen *).

*) Der hier entwickelten Meynung, über die zuletzt genannten Gesetze, stimmt auch bey *Klüber kl. jur. Bibl. VI. Bd. S. 100.* Er nimmt aber auf die alte römische Prozessform, die alles vollständig begreiflich macht, gar keine Rücksicht.

III.

Grundlinien
zu
einer Theorie
der juridischen Kritik,
und
Beantwortung der Frage:
ist die Kritik dem Praktiker brauchbar?

F

Der Mangel einer Hermeneutik, im wahren Sinne des Worts, zeigt sich nicht bloß in dem noch unbearbeiteten Feld der sogenannten logischen und grammatischen Auslegung, sondern auch bey der Theorie der Kritik. In Ansehung der erstern ist das Bedürfniß einer Hermeneutik dringender; es ist aber auch schwerer zu befriedigen, als in Ansehung der letztern. Der Mangel an schon herbeygeschafften brauchbaren Materialien (besonders für die logische Auslegung); die Mannigfaltigkeit ineinander verschlungener Verhältnisse, die der Erfinder einer solchen Theorie, mit beständigem festem Blick auf das Allgemeine, zu verfolgen und zu durchdringen hat; die Nothwendigkeit erschöpfender, scharf bestimmter höchster Grundsätze und Regeln, deren Entdeckung nur das Werk

des philosophischen Geistes ist, und die durch kein bloßes Reflectiren *auf* das Einzelne gefunden, am wenigsten durch bloße Bemerkungen *über* das Einzelne ersetzt werden können, welchen aber dieses genau anpassen, mit welchen es, nach strengem Causalzusammenhang, zur vollkommenen wissenschaftlichen Einheit, zusammenstimmen muß: diese Voraussetzungen und Foderungen schrecken ab von Versuchen, und werden auch die müthigsten Unternehmer noch lange Zeit von dem zu erreichenden Ziel in weiter Entfernung halten. Die Kritik, wenn man die niedere ausnimmt, deren Apparat ebenfalls noch sehr dürftig ist, erfreut sich reichlicher Materialien. Die Wercke eines *Augustinus*, *Cujaz*, *Bynckershöck*, *Rücker*, *Wieling*, *Marckardt*, *Noodt* und anderer, welche die Kritik als Kunst, ohne die Kritik als Wissenschaft übten, welche durch den Scharfsinn des gesunden Verstandes geleitet, den Mangel an Regeln ersetz-

ten, und oft durch ihre Fehltritte eben so lehrreich wurden, als durch ihre besten Entdeckungen, — diese lassen denjenigen nie in Verlegenheit, dem es um Stoff zum Nachdenken, oder um Beyspiele für schon gefundene Regeln zu thun ist. Und doch ist für die Theorie der Kritik so gut, wie nichts, geschehen. Die Schrift von *Best* *), deren Titel eine solche Theorie zu versprechen scheint, ist selbst weiter nichts, als eine Sammlung eigner kritischer Versuche, eröffnet mit einem einzigen Kapitel von wenig befriedigenden Regeln: *Eckhards* Hermeneutik, vergiftet über der ausführlichen Abhandlung der Hülfsmittel zur Kritik, die Kritik und ihre Lehre

*) *G. u. l. Best. ratio emendandi leges. Sive libellus, in quo, secundum regulas certas, plurimae emendantur leges etc. Ultraj. 1707. unter dem Titel: G. Best. r. e. leges Pandectarum flor. auctor wieder herausgegeben von Jo. Wendel Neuhaus Lips. 1748.*

selbst. Woher dieses Phänomen zu erklären ist? — Wer da könnte, der will nicht, und wer will, der kann nicht, sagt, glaube ich, einmal *Lessing* in einem ähnlichen Fall. Der Künstler übt lieber seine Kunst, als daß er für sie die Wissenschaft suchte; und wer sonst die Wissenschaft geben könnte, der ist gewöhnlich in dem Fall, daß die Kunst ihn, oder er die Kunst nicht interessirt. Ausserdem aber liegt in dem Geist unsrer gegenwärtigen juristischen Literatur eine sehr wichtige Ursache. Da die Kritik der Philosophie nur wenige, vielleicht gar keine Berührungspunkte darbietet, auch durch keine scharf in die Augen springenden praktischen Folgen das Interesse zu bestechen weiß, so liegt sie jetzt ganz ausser dem Kreise, in welchem sich zu bewegen, eines *denkenden* oder *brauchbaren* Rechtsgelehrten würdig scheint.

Die Kritik, so ferne sie den Rechtsgelehrten angeht, beschäftigt sich mit der Wiederherstellung des ursprüngli-

chen, verdorbenen Textes, einer schriftlichen, einen Rechtssatz bestimmenden Erklärung. Sie ist daher kein Theil der Auslegung (Interpretation). Der Name: kritische Interpretation, enthält einen Widerspruch. Denn Auslegung ist Darstellung des Sinnes einer Rede, Bestimmung der Gedanken, die der Sprechende mit seiner Rede verband. Sie setzt also immer eine schon gegebene Rede voraus, von der man ausgeht, um zu dem Inneren, dem Geist und den Gedanken zu kommen. Durch Anwendung der Kritik stelle ich die Rede selbst erst her, bereite mir die Auslegung vor, und interpretire nicht. Darum ist die Kritik nicht aus den Grenzen der Hermeneutik selbst zu verweisen. Sie gehört ihr allerdings an, aber nur als *Bedingung* der Auslegung selbst. Denn, wie kann ich die Gedanken eines Menschen aus seiner Rede entwickeln, ehe ich gewiss bin, daß er so und nicht anders wirklich gesprochen hat?

Die Beschaffenheit unsrer Legislation, besonders des Römischen Rechts, macht sogleich die Unterscheidung einer doppelten Art der Kritik in Ansehung ihres Zwecks und ihres Gegenstandes nothwendig. Das Römische (zum Theil auch das canonische) Recht ist in seinen Haupttheilen zusammengesetzt, aus den Fragmenten früherer Werke, die durch die Gesetzredactoren absichtlich, zuweilen auch aus bloßem Irrthum verstümmelt, verändert und verfälscht worden sind. Die daraus entstandenen Gesetze erlitten aber in dem Lauf der Zeit von andern Händen ein gleiches Schicksal. Abschreiber und Herausgeber verdarben ihren Text aus Unwissenheit oder Uebereilung, oder Willkühr. Hieraus geht denn zuerst diejenige Art der Kritik hervor, die man die *reinhistorische Kritik* nennen könnte, weil sie nur dem Historiker des Rechts, als solchem, nicht aber dem Rechtsgelehrten, als Bearbeiter des jetzgeltenden Rechts, angehört, und welche daher mit

der *gesetzlichen Kritik*, wie ich sie nennen will, keineswegs verwechselt werden darf. Dem Geschichtsschreiber des Rechts, der uns lehren soll, was vor dem jetzt Gültigen als Recht gegolten hat, ist es von grofser Bedeutung, die Quellen der Gesetzgebung selbst, unverfälscht zu haben, die Bruchstücke des alten Rechtssystems, aus denen das jetzt geltende zusammengesetzt ist, in ihrer ursprünglichen Reinheit zu kennen. Die *Wiederherstellung des ursprünglichen Textes der Quellen der Gesetzgebung durch Entdeckung der von dem Gesetzgeber damit vorgenommenen Veränderungen*, ist nun das Geschäft jener *historischen Kritik*. Dahin gehört vornemlich I.) die Wiederherstellung der alten Ordnung, des ursprünglichen Zusammenhangs der Fragmente, wozu uns, wie bekannt, hauptsächlich die *Inscriptionen* leiten, II.) die Wiederherstellung der ursprünglichen Textesworte selbst, welches vorzüglich 1.) durch Entdeckung der Interpolationen und Em-

bleme *Tribonians* und 2.) durch richtige Auflösung der von *Tribonian* mißverstandenen Noten, Sigglen u. s. w. seiner Manuscripte, geschieht. — Allein dem Rechtsgelehrten, als solchem, ist alles unverändert heilig, was und wie es der Mund des Gesetzgebers gesprochen, seine Hand niedergeschrieben hat. Ihn selbst zu verbessern, um daraus practische Folgen abzuleiten, ist er nicht befugt. Er würde sonst über ihn hinausgehen und selbst als Gesetzgeber den Gesetzgeber meistern. Aber, eben weil ihm der in Worte niedergelegte Wille des Gesetzgebers heilig ist, so ist es sein Interesse und seine Pflicht, die Worte desselben rein und unverfälscht zu besitzen. Sein Geschäft ist daher die *Wiederherstellung des ursprünglichen Textes der Gesetze selbst, durch Entdeckung und Verbesserung der Fehler der Abschreiber und Editoren*. In diesem Geschäft besteht allein die eigentliche *gesetzliche Kritik*.

Die Wege, welche die gesetzliche Kri-

tik zu ihrem Ziele führen können, sind verschieden und sie selbst nimmt in so ferne verschiedene Namen an. Sie zerfällt zunächst in die *niedere Kritik* und in die *Conjectural-Kritik*. Aber was ist Conjectural-Kritik? Sollen die Grenzen dieser Gattungen mit gehöriger Präcision gezogen werden, so muß man unter der Conjectural-Kritik im weitem Sinne genommen, jede Emendation des Textes verstehen, die nicht durch bloße Vergleichung der Lesarten verschiedener Manuscripte oder Ausgaben begründet ist. Denn jede Emendation, ausser der durch Vergleichung der Lesarten (welches Geschäft der niedern Kritik angewiesen ist) beruht auf freyen Conjecturen, Vermuthungen, Hypothesen, die nur dem Grade nach an Kühnheit, Gründlichkeit oder Ungründlichkeit sich von einander unterscheiden. Wenn ich blos durch die einfachste Geminatio dem Text aufhelfe, oder durch Umtauschung des so oft verwechselten B und V das unsinnigste Ge-

setz zum sinnvollsten umschaffe, so geht meine Emendation von einer Vermuthung aus, die nur durch die Analogie ihre Kraft erhält *). Ich weiß nämlich aus ganz entscheidenden Stellen, daß Geminationen in den Manuscripten vorkommen, daß jene Buchstaben oft verwechselt werden; da finde ich nun ein Gesetz, das ich nicht verstehe, das sich widerspricht u. s. w.; ich versuche es, durch eine Geminatio zu helfen, dem B ein V zu substituiren und, siehe da! es glückt. Ob hier wirklich der Schreiber geminirt, oder jene Buchstaben verwechselt habe, das kann ich nicht mit mathematischer Gewissheit zeigen. Daß meine Hypothese in ihrem Resultat vollständig befriedigt und daß sie die Analogie für sich

*) Dieses versteht sich nämlich von solchen Vertauschungen der Buchstaben, die an sich ein lateinisches Wort geben. Bey denjenigen Vertauschungen, die alle Latinität aufheben, z. E. *bovis*, *bera* u. s. w. da ist es freylich anders.

hat, das bestimmt ihre Gründlichkeit und überzeugende Kraft. Mit der Emendation durch Interpunction hat es eine gleiche Bewandnifs; dafs der Gesetzgeber, der durch nicht interpungirte Manuscripte seinen Willen erklärte, diese Worte und nicht jene auf einander bezogen und in Gedanken verbunden habe, kann auf keinem andern Weg, als dem der Vermuthung, bestimmt werden. Weil bey der gewöhnlichen Interpunction in Ansehung des Sinnes eine Schwierigkeit vorhanden ist, so hat wohl der Gesetzgeber in Gedanken anders interpungirt, nemlich so, wie der bequemste und richtigste Sinn es fodert: dies ist der Gang des kritischen Geistes bey diesen Emendationen. — Wollte man alles recht haarscharf nehmen, so könnte wohl der ganze Unterschied zwischen Conjecturalkritik und niederer Kritik in Anspruch genommen und sogar diese ebenfalls zu jener gerechnet werden. Wir haben nemlich von keinem Theile des Römischen Rechts eine

Ausgabe oder ein Manuscript, welches entschieden in jeder Rücksicht vor andern einen Vorzug verdiente. Wären, um dies mit dem auffallendsten Beyspiele zu erläutern, die Florentinischen Pandekten *Justinians* Original; (wer wollte aber dieses noch behaupten?) alsdenn würde die Grenze zwischen Conjectural-Kritik und niederer Kritik gegen alle Bedenklichkeit gesichert seyn. Denn nun könnte die Frage: welche Lesart ist vorzuziehen? mit Vernunft gar nicht aufgeworfen werden; nun würden bloß die gesunden Augen allen Streit über die Richtigkeit einer Lesart aufheben. „So spricht das Originalmanuscript:“ Diese Worte gölten dann eben so viel als der Wahlspruch: „So hat Justinian geredet.“ Allein, da wir kein solches, mit gesetzlicher Autorität bekleidetes, Manuscript haben; da das Florentinische Manuscript seine großen Gebrechen hat und daher, wie selbst *Brenemann* zugiebt in sehr vielen Punkten der *littera communis* nach-

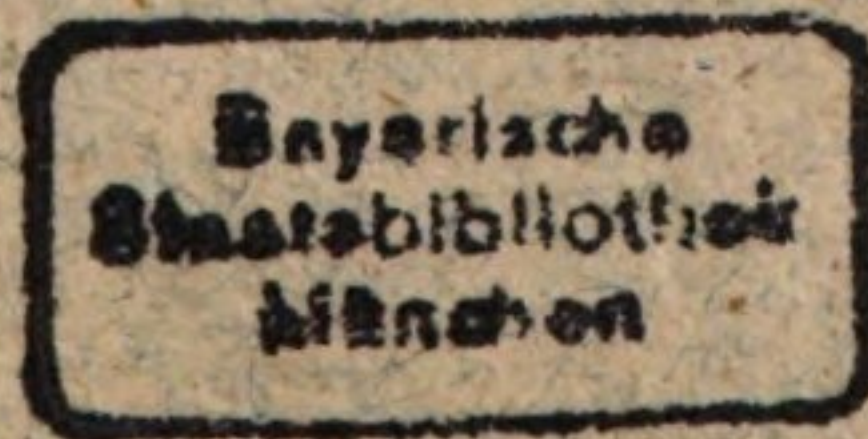
stehen muß: so gründet sich der Vorzug, den ich irgend einer Lesart vor der andern gebe, auf eine Conjectur. Unter verschiedenen Lesarten trägt keine unmittelbar den Stempel der Gesetzlichkeit: ich muß und darf wählen. Und was bestimmt meine Wahl für diese und nicht für die andere? Der innere Werth der Lesart, über welchen meine Subjectivität richtet; die Eleganz der Lesart; ihr größeres Einstimmen in den Zusammenhang; die bessere Uebereinstimmung des aus ihr hervorgehenden Satzes mit andern Sätzen; die Bestimmtheit, Klarheit, grammatische Richtigkeit des Ausdrucks. Diese Gründe machen mich der einen oder der andern geneigter, und nun ziehe ich den Schluß: weil die Lesart besser ist, so — gehört sie auch dem Gesetzgeber an. Dafs es also hier auf Conjectur ankomme und das *ingenium* spiele, wer wollte das läugnen? — Indefs so haarscharf muß man es nicht nehmen. Da hier die Conjectur bloß auf das *Wäh-*

len beschränkt und an etwas *Gegebenes* gebunden ist; so kann man sie von der *erfindenden* Conjectur sehr wohl unterscheiden, und die Kritik, welcher diese zum Grunde liegt, vorzugsweise Conjecturalkritik, jene hingegen, weil sie ihren Flug nicht über die Sphäre des Gegebenen hinaus nimmt, die *niedere* nennen.

Die Conjecturalkritik selbst läßt wieder eine neue bedeutende Unterscheidung zu. Wenn ich anders interpungire, Sylben trenne oder verbinde, eine Gemination aufdecke, eine Aspiration zusetze oder wegnehme, Buchstaben, die notorisch mit einander in den Manuscripten verwechselt werden, einander substituiren, so ist dieses, wie jedem Sachkenner einleuchtet, ganz etwas anderes, als wenn ich ein Wort versetze, ein Paar Buchstaben, oder ein Wort ausstreiche oder zusetze, aus einem *aut autem*, aus *legatur negatur* mache, ein *id est*, vielleicht gar einen ganzen Satz als ein Glossen

hinwegstreiche. Der Unterschied liegt darin. Dort ist entweder eine bloße Emendation der Ausgaben durch richtigeres Lesen und Darstellen des Inhalts der Manuscripte vorhanden, oder es geschieht zwar die Verbesserung eines Fehlers in den Manuscripten selbst, jedoch eines solchen, welcher, wie es entschieden gewiß ist, in ähnlichen Fällen, auf *gleiche* Art, von den Manuscriptenschreibern begangen worden: hier hingegen wird ein Fehler der Manuscripte ohne *bestimmte* und *erwiesene Analogie* gehoben; dort rechtfertigt sich die Emendation aus einer Regel über die Art zu schreiben, deren sich die Scribenten bedient, oder aus einer von der Erfahrung abgezogenen Regel über ihre Irrthümer, welche sie begangen haben: Verbesserungen der letzten Art sind reine Hypothesen, die nur auf dieselbe Art, wie jede andere Hypothese, sich bewähren können, dadurch nemlich, daß sie allein die Schwierigkeit

G



des Textes vollständig befriedigend heben. Man kann die Kritik, welche sich mit Emendationen der letzten Art beschäftigt *Conjecturalkritik* im *engern und eigentlichen* Sinne (*emendatio ex ingenio*), diejenige Kritik aber, welche auf dem zuerst genannten Wege einhergeht, die *gemeine Conjecturalkritik* nennen.

Die Grenzlinien zwischen der gemeinen *Conjecturalkritik* und der eigentlichen *emendatio ex ingenio* sind bey weitem nicht so scharf abgeschnitten, wie die Grenze zwischen niederer Kritik und *Conjecturalkritik* überhaupt. Die *gemeine Conjecturalkritik* hat gar mancherley Grade, durch welche sie sich zuletzt beynahe ganz in reine *Conjecturalkritik* verliert und das Wiedererkennen der Grenze fast unmöglich macht. Wenn wir nemlich die Fehler der Manuscriptenschreiber nach einer darüber vorhandenen Regel emendiren, so hängt zunächst von dieser Regel die Sicherheit der Emendation ab. Je allgemeiner die Regel ist,

auf welche diese gemeine Conjecturalkritik fußt, von je mehr ähnlichen *oder* gleichen Fällen sie abgezogen wurde, desto weiter entfernt sich die nach ihr vorgenommene Emendation von der eigentlichen Kritik aus Vermuthungen: hingegen nähert sie sich dieser in demselben Grade, in welchem die Analogie der Fälle abnimmt und die Beyspiele, aus welchen sie hervorgieng, seltner oder unbedeutender sind. So ist die Emendation durch Verwandlung eines *B* in ein *V*, eines *O* in ein *U* von der eigentlichen Conjecturalkritik weit entfernt; aber die Umtauschung von *B* und *P*, *F* und *V*, *A* und *U* verliert sich schon halb in das Gebiet der reinen Conjecturalkritik, weil hier die Analogie so selten ist *).

Von diesen Erörterungen über den Begriff wende ich mich zur Bestimmung

G 2

*) *Best* l. c. C. I. nr. 3.

der Hauptgrundsätze in Ansehung des kritischen Verfahrens:

Ich frage zuerst: *wenn* darf der Rechtslehrer von einem gegebenen Text durch Emendation abweichen? Mit andern Worten: Welches sind die *Voraussetzungen* und *Veranlassungen*, die in ihm das Urtheil, dafs hier zu emendiren sey, bestimmen und rechtfertigen können? Die allgemeine Antwort auf diese Frage ist: *Nur denn darf zu einer Emendation geschritten werden, wenn Gründe vorhanden sind, anzunehmen, dafs der Gesetzgeber nicht so geschrieben habe.* Dieser Satz leuchtet durch sich selbst ein und bedarf keines Beweises. Alles, was den Sinn des Gesetzes stört, seiner Bestimmtheit, Klarheit oder Deutlichkeit widerspricht, den Zusammenhang verletzt, einen Widerspruch des Gesetzgebers mit sich selbst begründet, den Regeln der Sprache, in welcher er schrieb, nicht angemessen ist, gehört im Allgemeinen zu den Gründen, deren jene Regel erwähnt.

Es lassen sich aber diese Gründe auf zwey Gattungen, die ja nicht mit einander verwechselt werden dürfen, zurückbringen. I.) Einige sind Gründe der *Nothwendigkeit*, d. h. Gründe, die uns in praktischer Rücksicht zur Anwendung der Kritik absolut nöthigen, die es uns als Rechtslehrern sogar zur unbedingten Pflicht machen, den Weg der Kritik zu versuchen. Gründe dieser Art bestimmen darum eine Emendation, weil sonst das Gesetz entweder als solches gar nicht vorhanden oder doch nicht anwendbar wäre. Diese bestehen also in Fehlern, die das Wesen des Gesetzes angreifen und zerstören. Dahin gehört: 1.) wenn die Worte gar keinen Sinn, oder gar keinen bestimmten Sinn geben; wenn aus den Worten, so wie sie gegeben sind, die Gedanken und der Wille des Gesetzgebers nicht erkannt werden können. Ich kann (in practischer Rücksicht) nicht annehmen: ein Gesetzgeber, der durch Worte seinen Sinn erklären wollte, hat

ihn dennoch nicht erklärt, sondern er gab Unsinn statt Sinn. Ich muß vielmehr voraussetzen: er that, was er thun wollte, er sagte ursprünglich etwas, weil er etwas sagen wollte. Und wo ich dieses demungeachtet nicht finde, da schliesse ich mit Recht: Also hat der Gesetzgeber so nicht gesprochen. Dieser Schluss führt fast zur vollständigen Gewissheit; er schließt aber auch die absolute *Nothwendigkeit* einer Emendation ein: denn ein Gesetz ohne Sinn ist als solches nicht vorhanden; der erkannte Wille des Gesetzgebers macht ja das Wesen des Gesetzes aus und nur unter Voraussetzung dieses erkannten Willens kann es angewendet werden. — Es gehört dahin 2.) wenn nach dem vorliegenden Text der Gesetzgeber sich selbst *widerspricht*. Der Grund, der bey dem ersten Falle eintritt, paßt hier ebenfalls vollkommen. Auch widersprechende Bestimmungen können nicht angewendet werden und daher begründen sie nicht nur den Schluss, daß

jene Worte nicht von dem Gesetzgeber herrühren, sondern *nöthigen* zugleich, weil doch Gesetze da sind, um angewendet zu werden, zum Gebrauch der Kritik. Der Mangel an Folgerichtigkeit der Sätze, der Widerspruch zwischen dem Grunde des Gesetzes und der gesetzlichen Bestimmung selbst, haben nicht den Charakter des Widerspruchs, welcher hier vorausgesetzt wird. Ich setze einen Widerspruch in den gesetzlichen Bestimmungen selbst voraus. Ob aber I.) ein solcher in einer und derselben Verordnung, oder zwischen verschiedenen Verordnungen desselben Gesetzbuchs vorkomme, ist gleichviel. Es gilt daher meine Behauptung auch von den *verschiedenen* einander widersprechenden Stellen der *Pandecten* oder des *Codex*. Dafs in diesen Theilen des römischen Gesetzbuchs Widersprüche vorkommen, die selbst durch Kritik nicht gehoben werden können, hebt obige Behauptung nicht auf. Da von einem Gesetzgeber über-

haupt nicht vorausgesetzt werden kann, daß er in demselben Werck geradezu sich selbst widerspreche, da insbesondere *Justinian* ausdrücklich sagt, es gebe keine Widersprüche in diesen Wercken, so müssen wir jener Voraussetzung so lange folgen, als wir nicht einen entscheidenden Grund zu einer Ausnahme von derselben finden, sind also verbunden, nach dem ursprünglichen, diese Widersprüche ausgleichenden Text zu forschen, so lange wir nicht bestimmt finden, daß selbst die Kritik zu keinem befriedigenden Resultat führe. — Ausser den bisher angegebenen sind II.) alle übrigen bloß Gründe der *Nützlichkeit*, wenn ich mich dieses Namens bedienen darf. Ich verstehe unter diesen solche Gründe für die Verderbtheit des Textes, mit welchen der Sinn und die Anwendbarkeit des Gesetzes besteht, und die also zur Anwendung der Kritik in praktischer Hinsicht nicht schlechterdings nöthigen. Die bloße Dunkelheit, Undeutlichkeit

und Verworrenheit des Gesetzes, welche gleichwohl durch Anwendung hermeneutischer Regeln einen bestimmten, unzweifelhaften Sinn verstatten; eine bloße Sprachunrichtigkeit, ein bloßer Mangel des Zusammenhangs der Sätze oder der Glieder eines Perioden und dergleichen, sind nie zu der ersten Gattung von solchen Gründen zu zählen.

Es springt von selbst in die Augen, daß je wichtiger die Emendation ist, je folgenreicher sie seyn kann, desto dringender die Veranlassungen zur Abweichung von dem vorhandenen Texte seyn müssen; daß also nicht überall auf dieselben Veranlassungen, von jeder Art der Kritik, Gebrauch gemacht werden kann. Es fragt sich also nun: welches sind, nach Verschiedenheit der Emendationen, die *besondern Veranlassungsgründe*?

Es lassen sich, wie mir scheint, hierüber folgende Regeln aufstellen: I.) *eine Emendation, welche nicht mit Gefahr einer Verletzung der gesetzlichen Autorität*

verbunden ist, kann, wegen beyder Gattungen von Gründen unternommen werden. Hieraus schliesse ich: 1.) bewürkt die Emendation keine Veränderung in dem Sinn, oder doch keine Veränderung in dem Sinne der eigentlichen Verordnung (der *verborum dispositivorum*); so kann sie schon auf Veranlassung blofser Gründe der *Nützlichkeit* unternommen werden. Finde ich eine Sprachunrichtigkeit an einer Stelle dieser Art, von deren Urheber ich einen grammatisch richtigen Stil erwarten kann, entdeckt sich mir nach der gewöhnlichen Lesart eine entschiedene Ungereintheit in dem Grunde des Gesetzes u. s. w., was könnte mich hier weiter abhalten, die Kritik zu versuchen? Die Autorität des Gesetzes beschränkt mich nicht. Der Sinn und die *verba dispositiva* machen das eigentliche Gesetz aus. Wo der Gesetzgeber nicht verordnend spricht, da ist er wie jeder andere Schriftsteller zu betrachten und zu behandeln; wo man gar nicht

seinem Sinn zu nahe tritt, da ist selbst die Emendation der dispositiven Stellen nicht mit der Gefahr einer Verletzung der gesetzlichen Autorität verbunden. Bey den Worten der *L. 22. §. 7. D. sol. matr.:* *et forsitan altera persona vel propter saevitiam furoris, vel quia liberos non habet, procreandae sobolis caussa tenta sit*, bin ich gewißs blos darum schon zu einer Emendation berechtigt, weil der Gedanke: ein Mensch habe *darum* besondere Lust zum Kinderzeugen, weil der andere Ehegatte in dem höchsten Grade der Raserey sich findet, eine Ungereimtheit enthält und das verordnende jener Stelle durchaus nichts leidet, wenn ich an ihrer statt lese: *vel propter saevitiam furoris, vel quia liberos non habet, et procreandae* etc. — Die Worte der *L. 1. pr. §. 1. D. de calumniatoribus* lassen sich mit den Regeln der Sprache nicht vereinigen, wenn ich nicht vor dem *hoc autem* das *competit* wiederhole *). Die Worte: *nec*

*) *Rücker obs. C. II. p. 99.*

haustum pecoris, nec appulsum in der *L. 5. §. 1. de serv. praed. urb.* sind nicht passend und der Analogie anderer Stellen, die vielmehr zu einer Transposition der Worte: *nec haustum, nec pecoris appulsum* führen, zuwider. Das Recht zu einer Emendation dieser Stellen überhaupt, auf diese Veranlassungen, wird nicht leicht jemand bezweifeln. — 2.) Auf gleiche Veranlassungen sind wir berechtigt zu einer, selbst den Sinn verändernden Emendation in Dispositiv-Worten, sofern jene Emendation entweder bloß durch Anwendung der niedern Kritik oder durch Interpunktion, durch Trennung und Verbinden von Worten und Sylben und durch Auflösung von Geminationen geschieht. Wir haben kein gesetzlich autorisirtes Manuscript; aus dem *Inbegrif* sämtlicher Manuscripte des römischen Gesetzbuchs, nach allen ihren Verschiedenheiten, besteht eigentlich *unser* römisches Gesetzbuch; mithin gefährden wir die Autorität der Gesetze nicht,

wir mögen von den verschiedenen Lesarten der Manuscripte wählen, welche wir nur immer wollen; dafür sind wir bloß unsrer Vernunft und der Vernunft anderer verantwortlich. Die andern genannten Arten der Kritik sind im Grunde nichts weiter, als Acte des *Lesens* der Manuscripte, da ursprünglich alles ohne Interpunction und ohne Abtheilung, Buchstab an Buchstab geschrieben war, und die Geminationen weiter nichts als Abbreviaturen sind. Durch Anwendung dieser Kritiken verbessern wir daher gar nicht Fehler in Manuscripten, den eigentlichen Depositären unsrer Gesetze, wir verbessern dadurch aus ihnen nur die gedruckten Ausgaben. Es ist zwar immer möglich, daß wir auch durch diesen Gebrauch der Kritik den Willen des Gesetzgebers verletzen, daß wir z. B. da eine Geminatio auflösen, wo keine ist, interpungiren, wo der Gedanke des Gesetzgebers nicht interpungirt hat: aber dieser mögliche Nachtheil ist doch nur

eine nothwendige Folge des Rechts, die so geschriebenen Manuscripte zu lesen. — Hingegen II.) eine dem Sinn in den verbis dispositivis bestimmende Emendation, die durch Anwendung anderer Arten der Kritik (nämlich ausser den I. 2) genannten) geschieht, kann nur aus den beyden andern angegebenen Gründen der Nothwendigkeit (wegen des Unsinnns oder des Widerspruchs) geschehen. Geben die Manuscripte, richtig gelesen, eine Verordnung von bestimmtem, mit sich selbst und andern geltenden Stellen übereinstimmenden Sinn, so kündigt sich uns dieses als ein wirkliches und anwendbares Gesetz an. Nun kann zwar dieses Gesetz verfälscht seyn; aber dafs es dieses wirklich sey, dafür giebt es durchaus^{no} keinen Grund der Gewifsheit. Ist das Gesetz unvernünftig? Gut; wer giebt dem Rechtsgelehrten, als solchem das Recht, über Vernunft und Unvernunft der Gesetze zu richten? — Ist es sprachwidrig, nicht gut zusammenhängend? —

Guter und geregelter Stil ist zwar dem Gesetzgeber zu rathen, aber doch nicht unzertrennlich nothwendig verbunden mit dem Geschäfte des Gesetzgebers. Dafs es besser für ihn wäre, gut zu schreiben, beweist noch nicht, dafs er hier wirklich gut geschrieben hat. — Aber es ist dunkel, undeutlich. Nun, diese Dunkelheit oder Undeutlichkeit zu heben, dafür ist die Hermeneutik da. Kurz, da kein Fehler eines als Gesetz sich wirklich ankündigenden und erkannten Satzes die Gewifsheit der Verderbtheit desselben begründet; so würde es eine Ungereimtheit seyn, den Sinn aus solchen Gründen verändern zu wollen; wir würden das Gewisse dem Ungewissen unterordnen, den gewissen Sinn eines gewifs erkannten gesetzlichen Satzes, der blofsen Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit einer Verfälschung aufopfern. Die Autorität des Gesetzes, die dringende Gefahr einer Veränderung des gesetzgeberischen Willens, setzen hier der Kritik eine engere Grenze.

Und diese Grenze macht den eigentlichen Punkt der Verschiedenheit zwischen der gesetzlichen Kritik und der Kritik der Classiker aus.

Die zweyte Frage, welche eine Theorie der Kritik zu beantworten hat, besteht darin: *welches ist das Verhältniß der verschiedenen Arten der Kritik zu einander? Welche hat den Vorzug vor der andern?* Die Antwort ist leicht: die sicherste geht immer der weniger sichern vor. Also 1.) die niedere Kritik nebst demjenigen Theil der Conjecturalkritik, der nur durch Anwendung der Regeln über das Lesen der Manuscripte, die vorhandenen Ausgaben verbessert, geht jeder andern Kritik vor, 2.) die übrigen Theile der gemeinen Conjecturalkritik (z. B. durch Vertauschung von Buchstaben, Zusetzen oder Weglassen der Aspiration) gehen vor der Conjecturalkritik im engern Sinne.

Es giebt für die Theorie der Kritik einen noch weit wichtigeren Gegenstand

der Untersuchung. Es ist nicht genug, daß überhaupt ein Grund zur Emendation da sey; es müssen auch Gründe für diejenige Emendation da seyn, welche an die Stelle des zu emendirenden Fehlers gesetzt wird. „Der Gesetzgeber hat nicht „so sprechen können, wie da geschrie- „ben ist; aber so hat er wirklich gespro- „chen,“ dieses müssen wir beydes aus Gründen behaupten können, wenn die angegebene Verbesserung, als solche erkannt werden soll. *Welches sind denn aber nun die Kriterien einer wahren Emendation? Woran erkennen wir, daß sie den ursprünglichen Text der Gesetze darstelle? Kurz, wodurch rechtfertigt sich eine Emendation?* Die Antwort auf dieses vielumfassende Problem kann ich hier nur im Allgemeinen andeuten.

Die Kriterien für die Wahrheit einer Emendation sind: I.) wenn sie den authentischen Quellen der Interpretation nicht entgegen ist. Stimmen z. B. die

Basiliken mit der gemachten Veränderung nicht überein, haben sie dasselbe Wort, denselben Satz, an den die kritische Feile gelegt worden ist, so ist jene Veränderung unhaltbar und von keinem praktischen Gebrauch, es müste sich denn bestimmt erweisen lassen, dafs und wodurch der ursprüngliche Text; wofür wir unsre Emendation ausgeben, in diesem Fall auch in jenen Quellen verdorben worden sey. Dafs übrigens diese Quellen die Emendation geradezu und positiv unterstützen, ist nicht nöthig; wenn sie nur nicht dagegen sind; natürlich aber desto besser, wenn sie sogar jene stärkere Hülfe leisten. — Ausserdem wird II.) erfordert, dafs die Emendation die Schwierigkeit, die zur Anwendung der Kritik nöthigte, vollkommen hebe und (um dieses auf den Fall der Emendation eines ganz unverständlichen, oder widersprechenden Gesetzes anzuwenden) dafs ein vollständiger, mit sich selbst und andern Rechtsgrundsätzen übereinstimmender, klarer

und deutlicher Sinn daraus hervorgehe. Ferner III.) dafs keine andere entgegengesetzte Emendation, oder doch keine solche möglich sey, die alle Schwierigkeiten so vollständig hebt, als die angegebene. Endlich aber IV.) mufs sie von der Art seyn, dafs sich bestimmt erklären läfst, wie *aus* dem ursprünglichen Text, der durch die Emendation wieder hergestellt werden soll, der Fehler entstanden sey, der zur Anwendung der Kritik uns genöthigt hat. Emendire ich z. B. durch Auflösung einer Geminatio, nun, so liegt sogleich der Erklärungsgrund darin, dafs die Editoren die Geminatio übersehen haben: verwandle ich ein *neque* in *aeque*, so ist nichts begreiflicher, als wie ein Schreiber statt des *a* ein *n* lesen und niederschreiben konnte.

Wenn eine Emendation durch Conjecturalkritik, sie sey von welcher Art

sie wolle, diese vier Forderungen erfüllt,
 (wofür uns freylich die Kritiker eben nicht
 sehr viele Beyspiele liefern) so hat sie
 ein gleiches Gewicht mit der Aufnahme
 einer neuen Variante. Sie gieng zwar
 von einer Conjectur aus, aber diese führt
 zur Gewissheit, als Resultat. Diese Ge-
 wissheit ist keine mathematische Gewiss-
 heit; aber sie ist eine Gewissheit, so wie
 sie bey Gegenständen der bloßen Erfah-
 rung möglich ist, das heisst: — Es sind
 alle Gründe in unsrer Erkenntniß dafür,
 wir wissen keinen bestimmt aufzufinden,
 welcher dagegen wäre; wir sind also ge-
 nöthigt, die Thatsache als wahr anzu-
 nehmen, wenn gleich die Möglichkeit
 des Gegentheils noch übrig bleibt. Da-
 durch unterscheiden sich diese zu recht-
 fertigenden Kritiken von den *gewagten*
Conjecturen. Die letzten sind gleich den
 gewagten Hypothesen des Naturforschers,
 wenn er Voraussetzungen willkührlich
 annimmt, die erst noch von der Natur
 ihre Bestätigung erwarten, die einstwei-

len den Verstand hinhalten, ohne ihn darum zu befriedigen.

Sollte nun wohl der praktische Gebrauch einer Emendation, die allen vorhin bestimmten Regeln der Kritik angemessen ist, mit Grund bezweifelt werden können? Warum sollte der Praktiker überall nicht einem Texte folgen dürfen, den er nach allen Gründen für den ursprünglichen Text des Gesetzgebers anzuerkennen genöthiget ist? Ich sollte glauben, diesen Text nicht gebrauchen, wäre eben soviel, als den erkannten Willen des Gesetzgebers nicht anerkennen, oder ein Gesetz nach dem Wortverstande anwenden, wenn man gleich aus entscheidenden Gründen weiß, daß der Wortverstand nicht der Gedanke des Gesetzgebers sey. Indessen neuerlich hat Hr. Prof. *Thibaut* die praktische Brauchbarkeit des Kritikers, wenigstens zum größten Theil, in Zweifel gezogen *).

*) *Ist die Kritik dem Praktiker brauchbar?*

Die Prüfung dieser Zweifel wird hier an ihrem rechten Orte seyn.

Nach der Theorie des Hrn. *Thibaut* ist nur von praktischem Gebrauch 1) die Emendation durch bloße Vergleichung der Lesarten, 2) die Emendation der gedruckten Ausgaben durch richtiges Lesen der Manuscripte und durch das Entziffern ihrer Schriftzüge, „Denn es ist dabey *nie-*
„mals die Frage vom Verändern, son-
„dern die Frage ist *stets*: wie sollen wir
„die Schriftzüge der Manuscripte verste-
„hen, wie aus zweydeutigen *Schriftzü-*
„gen den wahren Sinn herausfinden?“
Daher räumt der Verfasser der Conjectu-
 ralkritik nur in folgenden Fällen prakti-
 schen Gebrauch ein: a) wenn sie durch
 Interpunction oder durch Trennung oder
 Verbindung der Sylben und Worte emen-
 dirt, b) wenn sie *verba relativa* von *deci-*
sivis unterscheidet, c) wenn sie eine feh-

*In dessen Versuchen zur Ber. einzelner
 Theile der Theorie des Rechts. 1. Bd.*

lende Aspiration zusetzt, oder die richtigen Buchstaben hinsetzt, welche „*durchgehends*“ mit andern vertauscht werden. Der Verfasser setzt aber noch die Einschränkung hinzu „so ferne alle diese „Besonderheiten, (der Manuscripte nämlich) „nicht *Irrthümer* der Abschreiber, sondern *Eigenthümlichkeiten* ihrer „Schreibart sind.“ Endlich d) wenn sie *notas, siglas, Abbreviaturen, Monogrammata, contignationes litterarum* und *geminaciones* auflöst. — Jede andere Kritik erklärt er für praktisch *unbrauchbar*. Die Gründe für diese Behauptung sind mit den eignen Worten des Verfassers folgende: „Der Regent, heisst es S. 347. „kann, als solcher, das *Unvernünftige*, „wie das Vernünftige vorschreiben, darf „und wird es also auch nicht dulden, dass „die Schrift seiner Gesetze *des Sinnes wegen* auch nur im geringsten von dem „Richter und den Unterthanen *verändert* „werde. Ich sage nicht im geringsten, „und sollte auch durch die Verwandlung

„eines *u* in ein *n* der gröste Unsinn in
 „die schönste Wahrheit umgeschaffen
 „werden können. Will der Regent diese
 „oder jene kleine Anwendung dulden,
 „so muß er überhaupt kleine Aenderun-
 „gen zulassen und dann ist es schon so
 „gut, als ob gar keine Gesetzgebung im
 „Staat wäre. Welche Aenderung soll
 „man denn für eine kleine halten? —
 „Und wo soll denn die Grenze seyn, wel-
 „che das Kleine von dem Großen schei-
 „det? So ist es z. B. sehr leicht, daß
 „bey dem Druck eines Gesetzes ein klei-
 „nes Wörtchen ausgelassen wird. Nun
 „gebe man dem Unterthanen das Recht,
 „durch Einschaltung eines kleinen Wor-
 „tes den ihm fehlerhaft scheinenden Sinn
 „des Gesetzes zu verbessern. Unstreitig
 „ist dadurch beynahe die ganze Rechts-
 „verfassung über den Haufen geworfen.
 „Die drey Buchstaben *non* bilden auch
 „nur ein kleines Wörtlein, und doch
 „kann man, je nachdem diese drey Buch-
 „staben gesetzt oder weggestrichen wer-

„den, den Sinn eines jeden Gesetzes um-
 „schaffen, wie man will. Also alle auch
 „noch so unbedeutende Aenderungen
 „bleiben streng verboten und dies um so
 „mehr, da die Unterthanen, wenn sie
 „zweifeln, stets ihre letzte Zuflucht zur
 „authentischen Interpretation des Regen-
 „ten nehmen können.“

Ehe ich diesen Beweis prüfe, erlaube
 ich mir einiges über die Theorie des Ver-
 fassers, so ferne sie dem Richter ein
 wirkliches Recht zur Kritik zugesteht,
 zu bemerken.

1.) Wenn der Verfasser das praktische
 Geschäft des Kritikers, nächst der bloßen
 Vergleichung von Varianten, auf das Ver-
 stehen der *Schriftzüge*, auf das Heraus-
 finden des Sinnes in zweydeutigen *Schrift-*
zügen einschränkt; so läßt sich gar nicht
 begreifen, wie er demselben ein Recht
 zur Auflösung einer Geminatio, zum
 Zusetzen eines *h* u. dergl. geben könne.
 Hier thut der Kritiker doch wohl etwas

mehr, als dafs er Schriftzüge liest und entziffert.

2.) Die Unterscheidung der *verborum dispositivorum* von den blofsen *verbis enunciativis* gehört gar nicht zur Kritik, ob sie gleich von *Best*, *Eckhard* und andern dahin gerechnet wird. Sie gehört zur eigentlichen Interpretation und zwar zur Interpretation aus dem Zusammenhange des Gesetzes. Das Unterstreichen der Enunciativ-Worte, oder das Drucken derselben mit Schwabacher, oder wie es zuerst *Haloander* that, mit Uncial-Schrift, ist doch unstreitig kein Act der Kritik.

3.) Wenn der Verfasser eine Verwandlung gewisser Buchstaben erlaubt, weil sie „*durchgehends*“ in dem Florentinischen Manuscripte mit einander verwechselt seyen; so liegt dieser Behauptung wohl nur ein Fehler des Ausdrucks zum Grunde. Denn es giebt zwar Buchstaben, welche *oft*, *sehr oft* mit einander

verwechselt sind, wie das *B* und *V*, aber kein *einziges* Paar, das durchgehends verwechselt wäre. Denn hiezu würde erfordert, daß *überall* statt des einen Buchstaben der andere stehe, welches aber notorisch nicht der Fall ist.

4.) Wenn endlich der Verfasser nur *in so ferne* von den Aspirationen oder der Verwandlung der Buchstaben einen praktischen Gebrauch verstattet, als die Auslassung der Aspiration oder das Verwechseln der Buchstaben eine *Eigenthümlichkeit* der *Schreibart*, nicht aber in so ferne, als dieses ein *Irrthum* der Abschreiber ist; so gestehe ich freymüthig, daß ich dieses, *in so ferne*, nicht verstehe, noch weniger begreife. Wo die Weglassung des *h* eine Eigenthümlichkeit der Schreibart jener Abschreiber und wo es ein Irrthum sey? Ob die Verwechslung des *B* mit dem *V* zu jener, die Vertauschung des *F* und *V* zu der letzten, Classe zu rechnen sey? Wer kann wohl diese Frage

beantworten und das Kennzeichen entdecken, durch welche sich dieses dort als Schreibfehler, hier als Schreibeigenthümlichkeit darstellt? In der That, es fließt die Unterscheidung in sich selbst zusammen, sobald man sie denken will. Die Schreiber des *Florentini* waren bekanntlich Griechen, die kein *h* in ihrer Sprache, sondern dafür den *spiritus asper* haben; diesen behielten sie denn oft in ihrem Kopfe und aus ihrer Feder kam ein *omo*, ein *abet*, indem sie das Lateinische irriger Weise griechisch dachten und schrieben. Sie waren überhaupt unwissend im Latein (wie ließt ihnen nicht *Brenemann* und späterhin *Gebauer* darüber den Text!) und so entstand denn aus Irrthum und Unwissenheit das *berva* *brovata*, das *potat servius*, mit andern dergleichen. So gebahr die öftere *Wiederkehr des Irrthums* eine *Schreibeigenthümlichkeit*, die sich nun von jenem nicht anders, als die Wirkung von der Ursache, unterscheiden läßt.

5.) Der Verfasser verwickelt sich durch dasjenige, was er auf der einen Seite dem Kritiker zugesteht und auf der andern ihm abspricht, in einen nicht wohl aufzulösenden Widerspruch. Das Hauptthema der Meynung des Verfassers ist, so wie er es S. 356. ausdrückt: „In wie ferne
 „sich die Kritik damit beschäftigt, die
 „*Fehler der Manuscripte*, welche sich
 „aus diesen in die gedruckten Ausgaben
 „fortpflanzten, zu *verbessern*, in so ferne
 „ist sie *unnütz*.“ Hält man hier den Verfasser beym Wort, so darf er auch nicht behaupten, daß man durch Vertauschen der Buchstaben, durch Zusetzen einer Aspiration, emendiren dürfe. Hier *liest* man ja nicht bloß das Manuscript, sondern man verbessert *Schreibfehler* und *Irrthümer* der Scribenten und stellt so den ursprünglichen Text *wider* das Manuscript wieder her *). Wie läßt sich

*) *Brenemann hist. Pand. L. II. c. 5.*
Gebauer de Brenmanno p. 113.

also wohl jener Satz mit diesen Folgen vereinigen?

Endlich 6.) dieselbe Frage, die der Verfasser mit Unrecht (wie ich nachher zeigen werde) an seine Gegner thut, dieselbe Frage trifft ihn selbst mit ihrer ganzen Schwere; nämlich: wo ist die Grenze zwischen der Emendation, die er dem Kritiker erlaubt, und derjenigen, die er ihm verbietet? Ich meyne hier nicht eine willkührlich gesetzte, sondern nach der Natur der Sache nothwendige Grenze. Wenn der Verfasser das *Zusetzen* eines *h* erlaubt, warum läßt er denn nicht auch das Wegnehmen eines *h* zu? Von diesem Fall kommen bekanntlich ebenso analoge Beyspiele im Florentinischen Manuscripte vor, als von jenem: von jenem häufiger, von diesem seltner: aber wo ist die Grenze zwischen *häufig* und *selten*? Es ist bekannt, daß das *Florentinum* manchmal *versetzt*; es schreibt *subpertus* statt *subreptus*, *iurnae* statt *ruinae*; es ist bekannt, daß es ganze Sylben transponirt und *ne-*

potum quantibus statt *quantum nepotibus* schreibt *). Nun mögte ich doch wohl wissen, warum es mir erlaubt seyn soll, statt *omo*, *homo* zu setzen, nicht aber einen Buchstaben oder eine Sylbe zu transponiren? Warum gerade jenes praktisch gelten soll, nicht auch dieses? — Gewiss schloß der Verfasser den eben angeführten Fall von der Befugniss des praktischen Kritikers darum aus, weil er sah, daß von einer *transpositio syllabae* zu einer *transpositio verborum* und von da zum Zusetzen einer Sylbe, von dem Zusetzen einer Sylbe zu dem Zusetzen eines Worts u. s. w. kaum eine haarbreite Grenze ist, und ihm daher sein Genius die Frage: wo ist denn nun die Grenze? vor die Augen führte. Aber dieser Frage weicht er dadurch nicht aus, daß er willkühr-

*) *Ant. Augustinus emendat.* L. IV. em. 2. (*Otto thes.* T. V.) *Brenemann* h. P. L. II. c. 5. p. 151. *Fornerius* rer. quot. L. II. c. 9.

lich diese Befugnisse läugnet. Wer einmal dem Kritiker die Verbesserung eines Fehlers in einem Manuscript erlaubt (und dieses thut ja doch der Verfasser, indem er Vertauschung der Buchstaben und Emendation durch die Aspiration verstattet) der hat sich ganz die Macht genommen, aus Gründen zu sagen: bis zu diesem Fehler dürft ihr emendiren und nicht weiter.

Der Beweis für diese Theorie des Verfassers scheint mir eben so unhaltbar, als es die Theorie schon an sich selbst ist.

Der *erste* Grund des Verfassers ist: weil der Regent auch das „*Unvernünftige*“ vorschreiben kann; so darf man — des „*Sinnes*“ wegen sein Gesetz nicht verändern. — Es ist (wie es die Schule nennt) eine *petitio principii*, wenn der Verfasser gleich im Anfange der Demonstration von einer *Veränderung des Gesetzes* spricht, da, wo Andere blos von einer *Wiederherstellung der ursprünglichen Textesworte* reden. Dafs niemand

ein Gesetz verändern dürfe, das hat noch niemand geläugnet; dafs man aber den ursprünglichen Text der Gesetze nicht wieder herstellen dürfe, dies wollte erst der Verfasser beweisen. Es läfst sich daher nicht rechtfertigen, dafs er einen Satz, den man zugesteht, einem ganz andern, den man läugnet, unterschiebt, und so schon vor dem Streite siegt. Wie kommt denn aber auch der Verfasser zu dem Schluß: weil der Gesetzgeber das *Unvernünftige* verordnen darf, so darf man um des Sinnes Willen nicht emendiren? Dafs uns eine Ungereimtheit der Verordnung zu keiner den Sinn verändernden Emendation berechtigen könne, gestehe ich gar gern; hievon aber geht zu der Folgerung: man darf gar nicht eine solche Kritik anwenden, man darf auch um des Unsinnns oder des Widerspruchs Willen, der aus den Worten hervorgeht, nicht durch Conjecturalkritik emendiren, schlechterdings keine Brücke. Zwischen einem unver-

nünftigen Gesetz und einem *sinnlosen* oder *widersprechenden* Gesetz, zwischen einer Emendation um der *Unvernunft* und einer Emendation um des *Unsinn*s oder des *Widerspruchs* Willen, ist doch ein mächtiger Unterschied. Ein Gesetz, welches etwa verordnete: der Erbe, wenn er eine Erbschaft antritt, soll vor dem Rathhause tanzen und dreymal mit den Fingern knacken, ist klar und deutlich, aber unvernünftig und daher bleibt mir, wenn ich nicht etwa durch Varianten, Interpunction u. s. w. helfen kann, durchaus nichts übrig, als meine eigne Vernunft, nebst der Kritik, unter das Joch des unvernünftigen Gesetzes zu beugen. Aber mit dem *Unsinn* (wenn man gar keine Vorstellungen mit den Worten verbinden kann), mit dem *unbestimmten Sinn* (wenn man keine bestimmten Vorstellungen damit verbinden kann) mit dem *widersprechenden Sinn* (wenn die Gedanken, die aus den Worten hervorgehen, sich selbst gegenseitig zerstören), mit diesen Sinnen ist

es in der That etwas ganz anders. Man kann also unmöglich in dem Obersatz von dem *unvernünftigen*, in dem Schlusssatz dagegen von dem *unsinnigen* Gesetze reden. Das erste Argument des Verfassers müste hiernach, wenn es formal richtig seyn sollte, so lauten: „der Regent „kann ein Gesetz *ohne Sinn* geben, also „etc. etc.“ So will ich denn auch den Satz nehmen; aber dann komme ich freylich aus einer formalen Unrichtigkeit in eine materiale, aus dem Regen in die Traufe. Der Gesetzgeber *kann* ein unsinniges Gesetz geben, er *kann* die Zaubersformel Abracadabra promulgiren. Was kann nicht ein Regent? Wollte doch *Carl XII.* seinen Stiefel als Präsidenten des Reichsraths nach Schweden schicken. Allein ein Gesetz ohne Sinn, wie ein wirkliches Gesetz betrachten, würde eben so vernünftig seyn, als wenn der schwedische Reichsrath den königlichen Stiefel — im Fall der nordische Starrkopf seine

Drohung erfüllt hätte — auf den Präsidentenstuhl hätte setzen und in Staatsangelegenheiten seine Befehle hätte erwarten wollen. Ein Gesetz soll doch *angewendet* werden; ein Gesetz ohne Sinn kann *nicht* angewendet werden; er, der Regent, *kann* also nicht verlangen, daß es *ohne Sinn* gelte; er *kann* also nicht verlangen, daß wir es ohne Sinn lassen, damit an seiner Autorität nichts vermindert werde: diesen Sorites kann man mit vollkommenem Recht jenem einfachen Schluss des Verfassers entgegensetzen.

Das zweyte Argument, das in jener Deduction des Verfassers liegt, ist: der Rechtslehrer und Richter hat ja seine Zuflucht zur authentischen Interpretation. Freylich. Aber da gebietet alsdann die Consequenz, mit der Conjecturalkritik

zugleich das Recht zu jeder doctrinellen Auslegung über Bord zu werfen.

Drittes Argument: Gefahr der Rechtsunsicherheit, weil es in Ansehung der Grösse oder Geringfügigkeit der Emendationen keine Grenzen gebe und daher die ganze Gesetzgebung hinter dem Schild der Kritik zerstört werden könne. Allerdings giebt es keine Grenze *dieser* Art. Aber daraus folgt noch nicht, daß die Kritik überhaupt grenzenlos sey. Welches diese Grenzen seyen, habe ich oben bemerkt und wenn die Kritik diese nicht überschreitet, so ist für die Gesetzgebung und den Staat nichts zu fürchten. Hiezu kommt, daß eben diese Gründe, die der Verfasser gegen die praktische Gültigkeit der Conjecturalkritik gebraucht, von Andern dazu gebraucht wer-

den, um dem Rechtsgelehrten und Richter das Recht zur *Auslegung* eines Gesetzes abzustreiten. Ich weiß nicht, was den Verfasser abhalten konnte, mit diesen Leuten auch in Ansehung dieser Folgerung gemeinschaftliche Sache zu machen, wenn er in jener Argumentation mit ihnen einverstanden war.

Diese Gründe werden vielleicht meine Behauptung von der praktischen Gültigkeit der Conjecturalkritik zu rechtfertigen im Stande seyn.

IV.

Ueber

die L. 13. §. 5. D. de usufructu.

Eine nothwendige kritische Emendation,
die wohl keinen Zweifel hat.

Der Humanist hat kritische Ausgaben der römischen und griechischen Classiker; der Theolog hat durch Griesbach einen kritisch vollendeten Text des neuen Testaments erhalten. Aber das Buch, welches bey nahe dem ganzen cultivirten Europa Gesetze giebt; welches der Gesetzgeber studieren und nachahmen muß, selbst wenn er es verdrängen will; welches dem Philologen eine Quelle der Erklärung des classischen Alterthums und der Bereicherung seiner Sprache, dem Historiker ein wichtiges Hülfsmittel für die Geschichte der früheren Jahrhunderte unserer Zeitrechnung, dem Philosophen ein ewig merkwürdiges Denkmal des höchsten Scharfsinns und des über das Recht philosophirenden menschlichen Geistes ist: dieses Buch ist uns noch in keiner, auch nur halb befriedigenden kritischen Ausgabe gegeben worden. Wer einigermaßen

mit den Forderungen an einen kritischen Text bekannt ist, wer das, was für einige classische Schriftsteller des Alterthums schon längst geschah, mit dem vergleicht, was unsre Rechtsgelehrten für ihr römisches Gesetzbuch gethan haben, der stimmt gewiß dieser Behauptung bey und nimmt selbst nicht *Gebauers* und *Spangenberg's* sonst höchst verdienstliche Bemühungen von ihr aus. So lange sich noch Stellen finden, die durch Anwendung der leichtesten und unzweifelhaftesten Regeln der Kritik von dem Unsinn oder Widerspruch, zum Sinn und zur Einstimmung gebracht werden können, so lange können wir noch nicht von einem kritischen Text des C. J. reden.

Ein solches, gewiß entscheidendes Beyspiel gebe ich hier an der *L. 13. §. 5. D. de usufructu* aus *Ulpian*, einer Stelle, die in den Hauptworten überall auf dieselbe Art gelesen wird und an welcher, ungeachtet ihrer einleuchtenden

Gebrechen, ausser *Noodt*, (so viel ich weifs) niemand, die Kritik versucht hat.

Das Recht des Nutznießers ist natürlicher Weise beschränkt durch die Proprietät des Eigenthümers an der dienenden Sache. Es wäre ein Eingrif in die Rechte des Proprietärs, wenn der Nutznießer Veränderungen mit der Substanz der Sache vornehmen und sie zu einer andern Sache umschaffen wollte. Die Gesetze erlauben daher dem Usufructuar weder eine schädliche noch eine nützliche Veränderung der Substanz. Selbst die für den Eigenthümer gewinnreiche Veränderung bleibt gesetzwidrig. Der Usufructuar darf keine eitle Prachtgärten in nützliche Fruchtgärten umschaffen *), darf kein zur Wohnung eingerichtetes Gebäude in ein Baad verwandeln, oder nur in dem Hause Zimmer durchbrechen und sonst eine die Substanz afficirende Veränderung vornehmen **).

*) L. 13. §. 4. *de usufr.*

**) L. 13. §. 7. 8. *eod.*

daher ist ihm das Bauen auf einem Grundstück, so weit es nicht zur Reparatur vorhandener Gebäude nothwendig ist, untersagt und zwar so weit, daß er nicht, einmal zur Vollendung eines noch unvollendeten Gebäudes berechtigt ist *). Er darf nur solche Veränderungen unternehmen, welche selbst Acte des Gebrauchs und Fruchtgenusses sind, ohne das Wesen der Sache zu verändern, wie, wenn er unbeschadet des Grundstücks und seiner Qualität, Metallgruben, Thongruben u. s. w. anlegt, ohne dadurch einen Theil des Grundstücks dem Ackerbau, oder dem sonstigen Zweck, für den es bestimmt ist, zu entziehen **).

Aber da ist eine Stelle, die angeführte L. 13. §. 5., die allen diesen Grundsätzen entgegen ist, worin *Ulpian* nicht nur seinen in andern Fragmenten niedergelegten Behauptungen, sondern sich selbst

*) L. 13. §. 6. L. 44. L. 61. *eod.*

**) L. 13. §. 5. *eod.*

in demselben §. auf das klarste widerspricht. Hier ist die Stelle:

Inde est quaesitum, an lapicidinas, vel cretifodinas, vel harenifodinas ipse instituere possit? Et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapicidinarum et hujusmodi metallorum inquirere poterit, — vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. Et si forte in hoc quod instituit plus reditus sit, quam in vineis, vel arbustis vel olivetis, quae fuerunt, forsitan et haec dejicere poterit: siquidem ei permittitur meliorare proprietatem.

Man erwäge die letzten Worte dieses Gesetzes. Sie geben dem Nutzniesser das Recht, Weinstöcke, Oelbäume etc. etc. umzureissen, und den Garten zu einem Bergwercke umzuschaffen, sobald das Bergwerck mehr einbringt, als die

Pflanzung. Derselbe *Ulpian* verbietet dem Nutznießer ein Gebäude zu erweitern oder ihm einen brauchbaren Theil zu nehmen „*licet melius repositurus sit*;“
 *) derselbe *Ulpian* verbietet ihm, in dem unmittelbar vorhergehenden §. einen blossen Lustgarten in einen auch noch so *einträglich* Fruchtgarten zu verwandeln;
 **) derselbe *Ulpian* sagt im Anfange derselben Stelle, er dürfe zwar solche Gruben anlegen, dürfe aber dadurch dem Ackerbau nichts entziehen. Wie kann dieser *Ulpian* nun am Ende, bloß des gröfseren Einkommens wegen, dem Nutznießer das Ausreißen von Bäumen, die Veränderung des Grundstücks als eines Baum-

*) L. 7. §. 3. L. 8. *eod.*

**) L. 13. §. 4. *eod.* *Et si forte voluptati fuit praedium viridaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amoenas habens, non debet deicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad redditum spectat.*

und Fruchtgartens erlauben, um eine Grube anzulegen?

Leeuwen oder vielmehr *Dionysius Godofredus* sieht den gewaltigen Knoten, aber er versucht ihn nicht zu lösen. „*An dubitans hoc ait?*“ sagt er in der Note zu dem Worte *forsitan*. *An favore ultimae voluntatis hoc admittitur? an hoc jam instituerat pater familias? an non potest in his, quae certis finibus constant natura (veluti in domo), hic autem de fundo loquitur? Videntur enim separanda praedia rustica ab urbanis; ob eam rationem scilicet, ne urbs ruinis deformetur aedificiis disiectis.*“ — — Unnöthig wäre es, mehr noch hievon abzuschreiben oder gar zu zeigen, daß diese Zweifel und Fragen des Verzweifelnden keine verständigen Fragen seyen. *Noodt* *) geht mit starker Hand an die Lösung des Knotens und

*) *De usufructu* L. I. c. 6. (in *Opp.* T. I. p. 405.) und in *Observat.* L. I. c. 9. (in *Opp.* T. I. p. 266.)

zerhaut ihn, daß auch keine Spur mehr von ihm übrig bleibt. Er streicht nemlich die ganze Stelle: „*Et si forte poterit*“ aus und so ist denn auf einmal alles Uebel gehoben. Zwar stehen diese Worte in allen Manuscripten *); zwar stehen sie sogar in den Basiliken **); zwar läßt sich schlechterdings kein Grund ersinnen, der es erklärte, wie jene Worte hineingekommen seyen: allein, da es einmal ausgemacht ist, daß eine Stelle, die gar nicht da steht, die allerwenigsten Zweifel erregen kann, so glaubte wohl *Noordt* jene kleinen Bedenklichkeiten übersehen zu dürfen.

Es ist bekannt, daß Interpunction und Abtheilung der Worte von den Herausgebern herrührt, daß das Florentinische Manuscript und alle alten Codices Buchstab an Buchstab, ohne Trennung der verschiedenen Worte geschrieben

*) *Gebauer ad h. l.*

**) L. XVI. Tit. I.

sind, dafs es also die erlaubteste unter allen Emendationen ist, Sylben zu trennen oder zu verbinden und die Interpunction zu ändern. Dieses wende man hier an und die anstössigen Endworte des Gesetzes werden nicht nur in Eintracht mit andern Stellen gebracht, sondern enthalten gerade die ausdrückliche, emphatische Bestätigung dessen, was von *Ulpian* im Anfange dieses Fragments und an andern Stellen gelehrt worden ist. Ich lese nemlich:

*Proinde venas quoque lapidicinarum et hujusmodi metallorum inquirere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit, etsi forte in hoc quod instituit plus redditus sit, quam in vineis, vel arbustis, vel oliveto, quae fuerunt. Forsitan et haec de-
jicere poterit: siquidem ei permittitur meliorare proprietatem.*

Diese Aufhebung des Punkts nach *nocebit*, diese Hinstellung desselben nach

fuerunt, und diese Zusammenziehung des *Et si* in *etsi*, geben nun den einleuchtensten Sinn. „Er darf,“ — sagt jetzt *Ulpian*, — „Metallgruben etc. etc. anlegen, „jedoch unter der Einschränkung, daß „er der Pflanzung nichts entziehe, wenn „gleich die Gruben, die er anlegt einträglicher seyn sollten; als die Weinstöcke „Oelbäume etc. etc., welche da gewesen „sind.“ Also auch dann, wenn diese Veränderungen einträglicher sind, darf er sie nicht unternehmen, sobald er dadurch der Pflanzung etwas entzieht. — Dieses ist der Sinn *Ulpian's*, in den Worten *etsi* bis *fuerunt*, und ist nur eine Wiederholung dessen, was er schon so oft gesagt hat, während die gewöhnliche Lesart dem so oft gesagten geradezu widerspricht. Daß das *etsi* nach der von mir gegebenen Lesart eine Ellipse voraussetzt, das wird wohl niemanden irremachen. Denn, wie häufig diese Arten von Ellipsen bey unsern römischen Rechtsgelehrten sind, und welches ins-

besondere der Character von *Ulpian's* lateinischem Stile sey, das ist bekannt. — Durch die Worte: *Forsitan — proprietatem* sucht nun aber *Ulpian* eine mögliche Bedenklichkeit des Lesers zu heben. Dieser könnte wohl glauben, ein Usufructuar dürfe gar keine Bäume umwerfen, Weinstöcke ausreissen u. s. w. Und da würde der Leser sehr irren. Der Usufructuar darf das Gut *salva substantia* melioriren, die Qualität des Grundstücks in Ansehung seiner Früchte verbessern, darf daher Weinstöcke umrotten, um bessere an ihre Stelle zu setzen, alte erkrankte abgestorbene Oelbäume mit andern vertauschen. Der Usufructuar ist ja wenigstens zur Reparatur sogar *verbunden* *). — Daher sagt nun *Ulpian* durch das *Forsitan — proprietatem*: „Er darf „wohl (*forsitan*) auch diese (Oelbäume, „Weinstöcke u. s. w.) umwerfen, in so

K 2

*) L. 7. §. 3. D. *eod.*

„*ferne* nemlich, als er berechtigt ist, das Grundstück in gutem Stand zu erhalten „und zu verbessern.“ *In so ferne* und in so weit ist er aber allein hiezu berechtigt, als er durch seine Melioration nicht das Wesen der Sache verändert. So geben denn auch die letzten Worte einen verständlichen, mit allen Rechtsgrundsätzen übereinstimmenden und in dem Zusammenhang des Fragments völlig eingreifenden Sinn.

Ich überlasse es dem Belieben oder vielmehr der Liebe zur Eleganz und dem kritischen Gefühl des Lesers, ob er nicht in dem *Forsitan — proprietatem*, nach *poterit* ein Fragzeichen hinstellen und dann dieses *poterit* durch Geminatio noch einmal setzen will. Alsdann würde *Ulpian* sprechen: „Aber kann er nicht „auch zuweilen *diese* umwerfen? Er kann „es, so ferne es ihm erlaubt ist etc. etc.“ Dafs Geminationen, selbst ganzer Worte, ein ganz unschädliches Mittel sind, weifs

jeder *). Wenn es im Florentinischen Manuscripte in der *L. 21. §. 2. D. quod metus causa* heisst: *Aestimatur enim quod restitui oportet; id est quod abest autem nuda possessio cum suis fructibus*, so zweifelt niemand, dass nach *abest* ein doppelter Punkt zu setzen und dann das *abest* zu geminiren sey. Da indess auch ohne jene Geminatio der Sinn der Worte ausser Zweifel ist, so werde ich nicht mit meinem Leser streiten, wenn er meinen letzten Vorschlag verwirft und blos an dem ersten sich begnügt.

Ich darf es übrigens nicht mit Still-
schweigen übergehen, dass die Basiliken
jene Periode des *Ulpian* eben so lesen,
wie sie uns in den Ausgaben zu lesen ge-

*) Cf. *Waechtler opusc. rar.* p. 450.

Best ratio emendandi leges C. I. §. 5.

geben wird. Der §. 4. und 5. des Fragments wird nemlich folgendermaßen ausgedrückt. — §. 4. *Fructuarius conditionem proprietatis meliorem facere potest, deteriorem non item. Nec enim arborem frugiferam, vel quae voluptati sunt, ex locis amoenis redditus augendi causa excidit.* — §. 5. *Potest autem omnis generis metallo in fundo instituere, si nihil fundo nocebit: nisi forte in hoc quod instituit, plus sit redditus quam damni* *). Die Einwendung, welche aus dieser Darstellung des Fragments gegen meine Emendation genommen werden könnte, läßt sich

*) §. 5. Δυναταὶ δὲ συνιστᾶν ἐν τῷ ἀγρῷ παντοῖα μετὰλλα, μὴ βλαπτον τουτον ἀγρον εἰ μὴ ἀρα μείζων ἐστὶ τῆς βλαβῆς ἢ περιποιονμένη προσοδος. Lib. XVI. T. I. ed. Fabrotti Tom. II. p. 250.

leicht durch die Bemerkung beseitigen, daß uns die Basiliken zwar für das ursprüngliche *Daseyn* einer gewissen Stelle, aber nie für eine bestimmte Interpunction von einiger Autorität seyn können, aus dem einzigen Grund, weil ihr Urheber eben so wenig ein authentisch interpungirtes Exemplar vor sich haben konnte, als unsre Editoren. Zudem getraue ich mir zu behaupten, daß der Verfasser jener Stelle der Basiliken den Widerspruch, der aus seiner Art zu interpungiren hervorgieng, eben so klar wie *Noodt* eingesehen und ihn nur auf eine andere Art, nemlich als Gesetzgeber dadurch zu heben gesucht habe, daß er den widersprechenden Satz zur Regel erhob und denjenigen, dem er widersprach, verdrängte. Ausser dem L. 13. §. 4. 5. giebt es, nämlich (so viel ich mich ent-

sinne) kein Gesetz, welches entscheidend auch dem Nutznießer eines *praedii rustici* das Recht in irgend einer Hinsicht und ohne Rücksicht auf Gewinn oder Schaden die Substanz zu verändern, abspäche. Die übrigen sprechen von *praediis urbanis*. Diese Stellen nun, die von *praediis urbanis* reden, sind in die Basiliken beynahe vollständig und unverändert aufgenommen. Allein was dieselbe Lehre in Ansehung des Usufructus eines *praedii rustici* betrifft, so fand der Compiler der Basiliken in den Endworten des §. 4. und den Anfangsworten des §. 5. einen Widerspruch mit den Endworten des §. 5.; er glaubte überdies zu finden, daß denn doch die Billigkeit für das *Et si forsitan in hoc plus redditus sit etc. etc.* entscheide und machte daher nun diesen Satz zur Regel, indem er die vorherge-

henden ihm widersprechenden Stellen zum Theil ausstrich, zum Theil so zusammenzog, daß sie blos den Sinn geben: der Usufructuar eines *praedii rustici* darf die Substanz *nicht zum Schaden des Grundstücks* verändern. Dieses giebt deutlich die Vergleichung zwischen diesen Stellen der Basiliken und den Fragmenten in den Pandecten.

Hieran knüpft sich von selbst die Folge, daß die Theorie der Basiliken über das Recht des Usufructuars in Ansehung der Substanz, von der Theorie des römischen Rechts verschieden sey. Dieses spricht dem Nutznießer unbedingt und in Ansehung aller Gegenstände des Nießbrauchs ein Recht, die Substanz zu verändern, ab. Die Basiliken unterscheiden zwischen dem *ususfructus praedii urbani* und dem *ususfructus praedii rustici*; dort

behalten sie das Justinianeische Recht
 bey, hier aber lassen sie dem Usufructuar
 eine Veränderung der Substanz zu, wenn
 die Veränderung einträglich oder doch
 dem Gute nützlich ist.

v.

Was ist ein Directarius?

zur Erklärung der L. 9. *de extraordinariis
criminibus* und der L. 1. §. 1. seqq. D.
de effractor. et expilatoribus.

Die bekanntlich unter Philologen und Criminalisten sehr streitige Frage, was für ein Verbrechen die Römer unter dem *directariatus* *) verstanden haben? läßt sich nur durch Auslegung zweyer Fragmente aus *Ulpian* beantworten; der *L. 7. D. de extraordinariis crim.* und der *L. 1. §. 1. seqq. D. de effractorib. et expil.* In jener sagt *Ulpian*:

Saccularii, qui vetitas in sacculo artes exercentes partem subtrahunt, item, qui directarii appellantur, hoc est hi, qui in aliena coenacula se dirigunt furandi animo, plus quam fures puniendi sunt, idcircoque aut ad tempus in opas dantur publicum, aut sustibus castigantur et dimittuntur, aut ad tempus relegantur.

*) Ob man *directarii* oder *derectarii* sagen müsse, scheint mir ziemlich gleichgültig.

In dieser hingegen:

Expilatores, qui sunt atrociores fures (hoc enim est expilatores) in opus publicum, vel perpetuum, vel temporarium, dari solent; honestiores autem ordine ad tempus moveri, vel fines patriae juberi excedere. — Simili modo et saccularii et directarii erunt puniendi, item effractores. Sed enim D. Marcus effractorem equitem Romanum, qui effracto perforadoque pariete pecuniam abstulerat, quinquennio abstinere jussit Africa unde erat, et urbe et Italia. Oportebit autem aequae, et in effractores, et in caeteros supra scriptos causa cognita statui.

Weniger bedeutend, gleichwohl nicht zu übergehen, ist die Stelle des *Paulus* *): *Mixto jure injuriarum actio ex Lege Cornelia constituitur, quotiens quis pulsatur,*

*) *Rec. Sent. L. V. tit. 4. §. 8.*

vel cujus domus introitur ab his, qui directarii vocantur.

Die erste und gangbarste Meynung versteht unter *directariis* Diebe, die sich heimlich in Häuser und Behältnisse einschleichen. Nach einer entgegen gesetzten Meynung sind *directarii* gleichbedeutend mit *effractoribus*, die mit Gewalt in die Häuser einbrechen, oder auch (welches wenigstens die meisten noch hieher zu ziehen scheinen) in die Gebäude gefährlich steigen. So sagt *Turnebus* *): *directarius est fur, qui fores aperit, quem et quidam apertularium vocant et effractarium.* Auch *Cujacius* **), *Matthaeus* ***) sind auf der letzten Parthey, die unter den Neuern vorzüglich *Püttmann* †) auf seine bekannte Art genommen hat.

*) *Adversar.* XVIII, 26.

**) *Obs.* L. X. obs. 27.

***) *De crim.* L. XLVII. tit. XI. p. 174.

†) *Adversaria juris* L. III. c. 6.

Die Vertheidiger der ersten Meynung haben den Wortverstand des *se dirigere* in der L. 7., wenigstens einigermaßen, für sich. Aber schon die Worte: *in coenacula* sind dagegen. Warum steht nicht *in aedes*, wenn das Einschleichen in Häuser das Wesen des Verbrechens ausmacht. Von den römischen Rechtsgelehrten, die sich so sehr der Bestimmtheit in Worten und Ausdrücken befließigten, läßt sich kein solches *quid pro quo* vermuthen. Auch sieht man nicht ein, warum der Römer das *Einschleichen* in Häufser als einen Grund zur Qualificirung des Diebstahls betrachten sollte. Wer offen und keck einen Diebstahl verübt, wer an öffentlichen Orten stiehlt, oder in einem Haufse furchtlos und offenbar auf Diebstahl ausgeht, wer in der Frechheit so weit geht, daß er trotzig selbst nicht die Gewalt und Entdeckung der Menschen scheut, erscheint doch sogleich weit strafbarer, als der bescheidne, heimliche Schleicher, der vielleicht List beweist,

aber von dem, wenigstens in der Regel, keine Gewalt zu besorgen ist. Es ist zugleich jene Behauptung ganz wider den Geist des römischen Criminalrechts. Die Heimlichkeit des Diebstahls vermindert bey ihm die Zurechnung, während die Offenbarkeit und Oeffentlichkeit desselben sie erhöht. Auf diesem Gesichtspunkt stand unstreitig der Römer, der sich zuerst einen Unterschied zwischen dem *furtum manifestum* und *non manifestum* dachte.

Die entgegen gesetzte Meynung hat, wenn man sie denkt, ohne sie mit den Worten zu vergleichen, mehr für sich; vergleicht man sie mit *Ulpian* selbst, so ist sie noch bey weitem grundloser. *Ulpian* muste gewiß am besten wissen, was er unter *directarius* zu verstehen habe: von diesem einfachen Sätzchen gehe ich aus, ungeachtet die Freunde jener Meynung es nicht anzuerkennen schei-

nen. Sie fanden im *Testus* *); *dirigere* *apud Plautum invenitur pro discidere*; sie schlugen den Plautus selbst auf, und fanden: *clypeatus, elephantum ubi machaera dirigit* **). Und nun war es entschieden, daß *directarius* von *dirigere* d. i. *scindere, secare* herkommen müsse und *Ulpian* musste denn natürlich nachsagen, was man ihm vorgesagt hatte: es wurde auch wohl der Bekräftigung wegen ausdrücklich bemerkt, daß *Ulpian* die Sache nicht recht verstanden habe ***). — Man bedenke, *Ulpian* sagt: *qui in aliaena coenacula se dirigit*, eine Phrasis, die jener Erklärung geradezu widerspricht. Konnte *Plautus dirigere aliquid* für *scindere aliquid* sagen, so kann man darum noch nicht *se dirigere in coenacula* statt *effringere s. scindere coenacula* setzen.

*) In *Dacier's* Ausg. pag. 142.

**) *Curculio* 3. 5. 4.

***) So verfährt z. B. *Püttmann* l. c. p.

Man bedenke ferner, der Gebrauch des *dirigere* in der angegebenen Bedeutung, war so einzig, so unerhört, daß *Verrius Flaccus* (von welchem bekanntlich *Festus* eine epitomirte Epitome ist) zu *Augustus* Zeiten diese Plautinische Merkwürdigkeit aufzuzeichnen wichtig fand. Es gehört daher eine große Phantasie dazu, um an die Möglichkeit zu glauben, daß sich ein Jurist unter *Alexander Sever* dieser grammatischen Rarität in einer rechtlichen Definition bedient habe, ja was noch mehr ist, daß man aus diesem Plautinismus die Benennung eines, gewiß erst unter den spätern Kaisern ausgezeichneten Verbrechens abgeleitet habe; und, was noch weit mehr sagen will, daß man einem Menschen, für den man schon den verständlichen Namen *esfractor* hatte, aus lauter Liebe für diese Plautinische Seltenheit, noch den Namen *directarius* gegeben habe. *Ulpian* unterscheidet überdies auf

das deutlichste den *effractor* von dem *directarius* und setzt jenen diesem entgegen. Er sagt: *simili modo et saccularii et directarii erunt puniendi, item effractores*; er sagt am Ende: *effractores, item et in caeteros supra scriptos*, indem er sich auf die oben genannten *sacculares* und *directarios* bezieht. In der That, es gehören entweder sehr scharfe Augen dazu, um die Einerleyheit zu sehen, oder sehr stumpfe, um die Verschiedenheit zu verkennen.

Es ist zu verwundern, wie selbst ächte Kenner des classischen Alterthums, wie *Turnebus*, *Salmasius*, *Cujacius* (denn von den *Püttmännern*, die nur in den Alten Phrasen lesen, ist nicht die Rede) über das Wort *coenaculum* in der *L. 7. de extr. cr.* so leichten Fußes hinwegschlüpfen, es für eine rhetorische Figur (*pars pro toto*) halten und durch Haus oder auch Zimmer übersetzen konnten. Gerade dieses Wort *coenaculum* giebt

den vollkommensten Aufschluss über diesen Begriff.

Coenaculum bedeutet zunächst einen Speisesaal, aber auch, weil die Römer in dem obersten Stockwerke zu speisen pflegten, den obersten Theil eines Gebäudes, eine Dachstube, wie wir es nennen würden. *Ubi coenabant, coenaculum vocitabant.* — *Postquam in superiore parte coenitare coeperunt, superioris domus universa sic dicta sunt* *). Daher sagt *Festus*, *voc. coenac.* *Coenacula dicuntur, ad quae scalis ascenditur*; daher nennt *Cicero* sein Rom voll hoher Gebäude, die *Roma coenaculis suspensa atque sublata* **) und *Vitruv* liefert uns zu dieser Phrase den Commentar und die Geschichte der Sache. *In ea autem majestate urbis et civium infinita frequentia, innumera- biles habitationes opus fuit explicare,*

*) *Varro* de L. L. Lib. IV. p. 45, edit. Bipont.

**) *Agrar.* II, 33.

*Ergo cum recipere non posset area plana tantam multitudinem ad habitandum in urbe, ad auxilium altitudinis aedificiorum res ipsa coegit devenire. Itaque pilis lapideis, structuris testaceis, parietibus caementitiis altitudines exstructae, et contignationibus crebris coaxatae, coenaculorum ad summas utilitates perficiunt disparationes *)*. Dafs wir unter *coenaculum* das oberste Stockwerk eines Hauses zu verstehen haben **), ist das erste Datum zu Erklärung unsrer Stelle.

Die zweyte Thatsache ist: in diesen *coenaculis* wohnte die ärmere Volksklasse, die sich entweder in fremden Häusern auf ein *coenaculum* einmietete, oder auch sich in dem eignen Hause auf das Dachstübchen zurückzog, um die bes-

*) *Vitruv de architectura* L. II, c. 8. ed. Rode p. 48.

**) Vergl. nach *Sueton Octav.* c. 45, ibique *Ernesti Liv.* XXXIX, 14, — *L. ult. D. de Serv. praed. urb.* cf. *Brisson* var. *coenaculum*.

sern Theile des Gebäudes an wohlhabende Bürger vermiethen zu können. Ein Bürger, der in einem *coenaculum* wohnte, hatte in Rom dieselbe Bedeutung, als in Paris ein Mensch von der fünften Etage. *Sueton* *) weiß die Armuth des *Vitellius*, zu der Zeit, wo er von *Galba* nach Niederteutschland geschickt war, nicht besser, als durch die Bemerkung zu beweisen, daß während seiner Abwesenheit Frau und Kinder in einem „*meritorio coenaculo*“ wohnen mußten. Wer erinnert sich nicht an das Horazische **):

*Quid pauper? viden' ut coenacula
mutet?*

Noch schärfer bezeichnet uns *Prudentius* die Bewohner dieser Stübchen, wenn er sagt ***):

*Omnis qui celsa scandit coenacula
vulgas,*

*) *Vitell* c. 7.

**) *Epistol.* I, 1, 90.

***) *Adversus Symmachum* II. vers. 582.

*Quique territ silicem variis discursi-
bus atram,*

*Et quem panis alit, gradibus disper-
sus ab altis.*

Der arme Freund *Juvenals* verläßt da-
her unter andern auch darum Rom, weil
da der Arme in das oberste Stockwerk
des Hauses verwiesen ist, wo die Tau-
ben ihre Nester bauen, wo kaum das
Dach vor dem *Jupiter Pluvius* schützt,
und, wenn ein Brand entsteht, der ärm-
liche Hausrath diese Dachbewohners nie-
derbrennt, während der Reichere, der
in den untern Etagen wohnt, sein Geld
und seine Statuen rettet *).

*) *Juvenal Sat. III. v. 198. sqq.*

— — — Jam poscit aquam, jam frivola
transfert

Ucalegon: tabulata tibi jam tertia fumant:
Tu nescis. Nam si gradibus trepidatur
ab imis,

Ultimus ardebit, quem tegula sola tuetur
A pluvia, molles ubi reddunt ova co-
lumbae.

In diesen beyden Bemerkungen über die *coenacula* findet sich, wie mir scheint, der befriedigendste Grund zur Beantwortung unsrer Frage.

Die Entwendung aus einem solchen *coenaculo* traf in der Regel die ärmere Volksclasse, traf Menschen, die sich spärlich von ihren Arbeiten oder von den Geschenken des Staats nähren musten, die durch einen kleinen Diebstahl mehr verloren, als der Reiche durch die Entwendung der grösten Summen. Der Schade, den der Diebstahl aus einem *coenaculum* bewirkte, war daher in der Regel drückender, die Bosheit des Diebes gröfser, die Nothwendigkeit für den Staat durch strengere Strafe die Armuth zu schützen, dringender. — Ausser dieser Eigenschaft der Bewohner, giebt der Ort, wo sich die *coenacula* befanden, un-

serer Meynung Gewicht. Da die *coenacula* den obersten Theil des Haufses ausmachen, so musste der Dieb entweder durch die untern Stockwerke in die Höhe dringen, die Wachsamkeit der andern Bewohner des Hauses täuschen, und mit Keckheit, der grösten Gefahr entdeckt zu werden trotzen, oder er musste von aussen auf Leitern oder sonst auf verwegene Art sich den Eingang zum *coenaculo* machen. Der Diebstahl aus einem solchen Theile des Haufses war daher ein besonders verwegener Diebstahl und musste aus demselben Grunde von der Gesetzgebung ausgezeichnet werden, aus welchem *Carl V.* das Einsteigen und mit dem römischen Recht das Einbrechen gesetzlich ausgezeichnet hat.

Directarius ist also derjenige, der aus dem obersten Stockwercke eines Haufses,

(aus einer Dachstube) stiehlt oder um Stehlenswillen eingeht (*qui in aliena coenacula se dirigit furandi animo*).

Dies ist der engste und eigentliche Begriff von Directariat, oder doch der Begriff des *Ulpian*. Aber es gab wohl auch einen weiteren Begriff dieses Worts, in welchem es qualificirten Diebstahl überhaupt, oder wenigstens auch zugleich den Einbruch bedeutete. Denn die *glossae nomicae* erklären auch *directarius* durch *θυρεπαι νοικτης, επεσπηθητης, oder καταρατος, ο̃ εις τας αλλοτριους ενεκεν του κλεψαι̃ εισερχομενος οικιας*. In einer ganz andern Bedeutung nimmt *Paulus* in der angeführten Stelle dieses Wort, wenn er damit denjenigen bezeichnet, der wider die *Lex Cornelia de injuriis* in fremde Gebäude eindringt, und also von einem Falle redet, der ganz und gar von der Voraussez-

zung des *Ulpian*, welcher von *Dieben* redet, verschieden ist. Da man diese Stellen in ihrem Gegenstande nicht von einander unterschied, so musste natürlich Verwirrung entstehen und dadurch eine Frage, die an sich zu den leichtesten gehört, scheinbar in die Reihe verwickelter und schwieriger Probleme geworfen werden.

VI.

Ueber

den Römischen Begriff von Status

und

die gewöhnlichen Eintheilungen

desselben.

„*Status* ist eine persönliche Eigenschaft, von welcher Rechte abhängen. Diese Eigenschaft ist entweder physisch, (durch die Natur bestimmt) oder bürgerlich (durch positive Einrichtungen und Gesetze bestimmt). Jene macht den natürlichen Stand (*status naturalis*), diese den bürgerlichen (*status civilis*) aus. In jenem liegen so mancherley Stände, als es besondere Eigenschaften giebt, durch die Rechte begründet werden, in ihm liegt der *status sanitatis, aetatis, sexus, nativitatis*, und dergleichen; in dem *status civilis* sind nur die *status libertatis, civitatis* und *familia* begriffen.“ — Diese Theorie, in der sich nur da oder dort einzelne zufällige Abweichungen finden, die aber den ältern Bearbeitern unsrer Wissenschaft unbekannt war, herrscht jetzt allgemein in den Büchern und auf Kathedern. Selbst noch in dem neuesten System

des römischen Civilrechts *) findet sie sich unverändert wieder und giebt von neuem den Beweis, daß nicht bloß die Geschichte, sondern auch die Jurisprudenz ihre Traditionen hat. Einige Neuere scheinen sie im Stillen zu verwerfen, wie *Hugo* **). Allein solche stillschweigende Misbilligungen nimmt unser juridisches Publicum gewöhnlich nur als den Beweis der Uebereilung, wohl gar der Unwissenheit auf und bleibt bey dem Alten, nach wie vor.

Daß die angegebene Theorie in sich selbst unhaltbar und dem Römischen Rechte völlig unbekannt sey, bedarf kaum mehr, als eines Fingerzeigs.

Sogleich fällt es doch auf, daß man bey dem Begriff des Römischen Slaven in sonderbare Verlegenheit gerathen muß,

*) *Malblanc principia juris Rom. P. I. §. 78.*

**) *Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts §. 10. 11.*

wenn man die natürlichen Zustände des Menschen zu einem *Status* rechnet. Der Slav ist ein Mensch, ohne *Person* zu seyn, ein Mensch, der keinen *Status* hat. Dies sind die bekannten Erklärungen des Römischen Rechts. Dafs aber gleichwohl dieser Unfreye entweder Mann oder Weib, entweder krank oder gesund, entweder *infans* oder *impubes* oder *pubes* u. dergl. seyn müsse, versteht sich von selbst; ihm kommt also der *status naturalis* zu, und weil dieser aus Eigenschaften besteht, von welchen Rechte abhängen, so kommen dem Slaven, nach dieser Theorie, wirkliche bürgerliche Rechte zu, die Rechte nemlich, die von dem *status naturalis* abhängig sind. Wer vor diesem Widerspruch zu einem *in wie ferne* und *in so ferne* flüchten, wer uns sagen wollte: dem Slaven kommt der *status naturalis* nur *in so ferne* zu, als dieser *status* die natürliche Eigenschaft selbst, nicht aber *in so ferne*, als diese

Eigenschaft Grund von Rechten ist, der würde sehr wenig gethan haben, weil einmal, vermöge des Begriffs von *status* überhaupt, die genannten Eigenschaften als ein Grund des Daseyns von gewissen Rechten ausgeführt sind, und also wo der Grund da ist, auch zugleich die an sie geknüpfte Folge da seyn muß. — Am schlimmsten aber machen es die Meisten, die da sagen: Slav ist ein Mensch, der keine *persona* ist und *persona* ist ein *homo statu civili praeditus* *). Denn diese legen nun dem Slaven, dem sie blos den *statum civilem* absprechen, ganz entscheidend den *statum naturalem*, als eigentlichen *statum*, d. h. als einen gesetzlichen Grund von Rechten bey.

Schon in dem bisher gesagten liegt der Beweis, daß die Römer von einem *status naturalis* nichts wissen können. Dies er-

*) *Heineccii instit. ed. Höpfner. §. 61. 62. Höpfners Commentar ibid. u. viele Andere.*

giebt sich noch aus folgendem. Es geschieht nirgends eines *status civilis* im Gegensatz von einem *status naturalis* Erwähnung und (damit man nicht etwa einwenden könne, die Nichtexistenz des Namens sey noch nicht Beweis für die Nichtexistenz der Sache) nirgends findet sich eine Spur, daß das römische Recht irgend eine der genannten natürlichen Eigenschaften dem juridischen Begriff von *status* subsumirt habe. Es finden sich nicht einmal nur die Worte *status sanitatis*, *status minorennitatis* etc. etc. und sollten sie sich finden, so würde es eben so wenig verzeihlich seyn, wegen dieser Ausdrücke eine besondere Classe juridischer Stände anzunehmen, als es verzeihlich seyn würde, wegen einiger Redensarten einen besondern *statum peculii*, *facultatum* u. s. w. *) anzunehmen. Man

M 2

*) L. 2. §. ult. ubi pup. educari. L. 32.
§. 1. D. de peculio.

nehme, welche Stelle des römischen Rechts man nur immer wolle: überall wird *status* nur auf die Freyheit, die Civität und den Familienstand bezogen *). Ausser diesen Ständen kennt das römische Recht keinen **). Wie könnte es denn, wäre es anders, die *capitis deminutio* blos durch *prioris status mutatio* ohne allen weitem Zusatz bestimmen ***)? — Am

*) *L. 1. D. de capite minutis. L. 2. D. de i. i. rest. L. 9. §. 4. D. de minoribus. L. 28. C. de liberali causa.*

**) Ich sage das Römische Recht. Römische Classiker beziehen auch *status* auf *ordo* und den Unterschied zwischen Plebejern und Patriziern oder Senatoren. *Cicero de leg. I, 7.* Es scheint sogar *Cicero* statt des *status familiae* einen *statum ordinis* den übrigen Ständen an die Seite zu setzen, wenn er *de oratore I, 40.* sagt: *quam possumus reperire — contentionem majorem, quam de ordine, de civitate, de libertate?*

***) *Pr. J. de capit. dem. L. 1. D. de cap. min.*

auffallendsten müste es aber wohl einem römischen Juristen seyn, zu erfahren, daß die Worte *status civilis* ein anderes Ding bedeuten sollen, als *status civitatis*. Er würde fragen: wie sich denn der *imperator romanus* von dem *imperator Romanorum* unterscheide?

Die gewöhnliche Eintheilung beweist übrigens deutlich genug, daß man selbst den allgemeinen römischen Begriff von *status* mißverstanden, noch mehr aber den Geist und Zweck der aus diesem Begriff hervorgehenden Lehre des römischen Rechts verkannt habe.

Wenn man auf die Theorie des römischen Rechts über den *status* reflectirt, jedoch, wie sich von selbst versteht, unter Voraussetzung des erwiesenen Satzes: der Römer kannte nur die drey bürgerlichen Stände; so findet sich unbezweifelt, daß der römische Jurist, der zuerst den Begriff von *status* dachte, von dem Problem ausgegangen war: die allgemei-

nen Gründe und Bedingungen der von den römischen Gerichten in einer Person anzuerkennenden Rechte zu bestimmen und darnach die Rechte selbst zusammenzufassen und zu *classificiren*. Unter welcher Voraussetzung hat der Mensch für Rom überhaupt Rechte? welches sind die höchsten Gründe und Bedingungen davon? Von diesen Fragen gieng er aus und fand, dass sich alle auf die drey, Freyheit, Civität, Familienzustand zurückführen liessen. 1.) Damit in einem Menschen überhaupt vor römischen Gerichten Rechte anerkannt werden, damit er nur überhaupt als eine Person betrachtet werden könne, muss er *frey* seyn. Der Freye, als solcher, wenn er gleich nur *peregrinus* ist, hat bürgerlich anerkannte Rechte. Allein diese Freyheit für sich ist noch nicht der Grund aller in Rom geltenden Rechte; sie ist nur der Grund von Rechten überhaupt und die *Bedingung* der Zuständigkeit des römischen Rechts. 2.) Damit ein Mensch die

besondern Rechte des Römers habe, damit er des *juris publici* und *civilis Romanorum* theilhaftig sey, muß er römischer Bürger seyn. *Civität* ist also Bedingung und Ursache der Zuständigkeit der *römischen Rechte überhaupt* und von ihr hängen ab, nächst den öffentlichen Staatsbürgerrechten, die römischen Privatrechte, das römische Eigenthum, die Mancipation, die Usucapion, die Tutel, die Testamentifaction und was sonst zu dem *jus proprium civium Romanorum* gehört. Allein 3.) so wichtig dem Römer das Staatsverhältniß ist, so wichtig ist ihm auch das Familienverhältniß. In letzterm gelten mehrere der wichtigsten römischen Bürgerrechte. Um sie zu haben, muß man nicht bloß römischer Bürger, sondern auch Glied einer bestimmten römischen Familie seyn. *Familienzustand* ist also der Grund der *besondern römischen Familienrechte*, so wie die *Civität* Grund der Bürgerrechte überhaupt und die Bedingung des Familienzustan-

des selbst ist. — Auf diese Art waren, dem römischen Rechte getreu und mit logischer Richtigkeit, die allgemeinen Gesichtspunkte vollständig gegeben, auf welche sich alle Rechte, als auf ein gemeinschaftliches Princip, zurückführen ließen. Ausser dem Grund von Rechten überhaupt, dem Grund der bürgerlichen Rechte und dem Grund der Familienrechte, läßt sich aus dem römischen Recht kein vierter auffinden, der nicht unter einem dieser selbst in vollkommen zusammenhängender Subordination zu einander stehender Verhältnisse schon enthalten wäre. Für diese Verhältnisse erfand man nun den allgemeinen Namen *status* und verstand hierunter einen *bestimmten allgemeinen Grund der Zuständigkeit und Anerkennung von Rechten in Rom*. — Ich sage: *einen allgemeinen Grund von Rechten in Rom*, ohne weiteren Zusatz. Nicht die besondern Gründe einzelner Rechte, nicht die speciellen gesetzlichen Voraussetzungen, von denen

dieses oder jenes Recht durch die Gesetze abhängig gemacht ist; nicht die That-
 sachen, von denen die rechtliche Verschie-
 denheit Einzelner abhängt, sollten durch
status bezeichnet werden. Die ganze rö-
 mische Theorie von *status* war nur erfun-
 den, um die Rechte im Ganzen nach ih-
 ren allgemeinsten Gründen zu classifici-
 ren und allgemeine Gesichtspunkte zu
 gewinnen, nach welchen die in Rom gel-
 tenden Rechte überhaupt zusammenge-
 faßt und aus denen sie abgeleitet werden
 könnten. Bey ihrer Unterscheidung der
 drey allgemeinen Stände hatten daher die
 römischen Rechtsgelehrten keinen andern
 Zweck, als den unsre neueren Natur-
 rechtslehrer haben, wenn sie Urrechte
 aufstellen, in denen sie die besondern
 Rechte zusammenfassen und aus welchen
 sie nachher diese ableiten. Hätten die
 Römer über den Begriff des Rechts über-
 haupt schon speculirt, so würden sie,
 statt von drey besondern Ständen zu re-
 den, von drey höchsten Rechten, (Ur-

rechten) der römischen Jurisprudenz gesprochen haben. „Alle Rechte, die in Rom gelten und anerkannt werden, lassen sich auf drey ursprüngliche Rechte zurückführen, auf das Recht der Freyheit, das Bürgerrecht und das Familienrecht; alle andern Rechte sind unter diesen drey enthalten und durch sie bedingt, so wie jene ursprünglichen Rechte selbst als Bedingungen unter sich zusammenhängen. Denn das Familienrecht ist bedingt durch das Bürgerrecht und das Bürgerrecht bedingt durch das höchste aller Rechte, die Freyheit. Daher denn sobald ein höheres ursprüngliches Recht aufhört, jedes der ihm subordinirten aufhören muß, mit dem Recht der Freyheit das Bürger- und Familienrecht, mit dem Bürgerrecht das Familienrecht.“ So hat nun freylich der Römer nicht gesprochen; aber es ist eine treue Uebersetzung seiner Gedanken und Worte. Man thut daher auch sehr unrecht, wenn man die römische Lehre von dem *status* bloß in

das Personenrecht, nach der gewöhnlich angenommenen Bedeutung, verweist. Sie gehört keiner besondern Disciplin des römischen Rechts ausschliessend an; sie enthält, wenn ich dieser Worte mich bedienen darf, die Grundprincipien des ganzen römischen Civilrechts, auf welche der Römer alle besondern Rechte zurückführt, und die deswegen in allen einzelnen Districten des Rechtssystems zur Anwendung kommen.

Die gewöhnlich angenommenen Definitionen von *status* lassen sich aus dem bisher gesagten von selbst beurtheilen. Man nenne den *status* eine persönliche Eigenschaft, von welcher Rechte abhängen, oder eine Eigenschaft, von welcher die Rechtsverschiedenheit der Personen abhängt, — immer erkennt man das Wesentliche des römischen *status* und gebraucht nur für einen unrömischen Begriff ein römisches Wort.

Der bisher von mir entwickelte Begriff ist nur der *weitere*. In engerer Bedeu-

tung ist unter *status* blos der Stand der Freyheit und der Civität zu verstehen. Das römische Recht bringt die drey genannten einzelnen Stände auf zwey Classen zurück. Der Stand der Freyheit und der Civität haben nämlich beyde mit einander gemein, daß durch sie der Mensch blos im Verhältniß zum Staat und zu dem Inbegrif aller Bürger, in Ansehung welcher ihm Rechte beygelegt werden, gedacht wird: bey dem Familienstande wird der Mensch zunächst nicht im Verhältnisse zum Staat, sondern im Verhältnisse zu einer römischen Familie betrachtet. Jenes macht daher den öffentlichen, dieses den Privatstand des Menschen aus; jener macht ihn zur *persona* im Staat, dieser zur *persona* in einer gewissen römischen Familie. Jener öffentliche Stand der Freyheit und Civität, als die Quelle der bürgerlichen Existenz überhaupt, wird daher vorzugsweise *status* genannt. Und diesem *status* κατ' ἐξοχην steht der *status hominis* entgegen. Daher sagt §. 3. *J. de*

cap. min: Minima capitis deminutio est, cum civitas retinetur et libertas, sed status hominis commutatur. Auf dieselbe Art stellt *Ulpian* den *status hominis* der Freyheit und Civität gegenüber *). Eben so nennt *Ulpian* die *capitis deminutio minima* eine solche, die „*salvo statu*“ geschieht **) und wenn gesagt werden soll, ein Slav habe durch Freylassung Freyheit und Bürgerrecht erhalten, so wird weiter nichts gesagt, als er habe nun den „*statum*“ bekommen ***). Darauf bezieht sich denn auch die Eintheilung in *capitis deminutio magna* und *minor*, welche *Ulpian*, den Freunden der Trichotomie zum Trotz, an die Stelle der bekannten trichotomischen Eintheilung setzt †).

Die römische Theorie von *status* ist

*) *Ulp. Fr. T. XI. §. 15.*

**) *L. 1. §. 8. ad SCt. Tertyllianum.*

***) *L. 3. §. 1. L. 4. D. de capit. min.*

†) *L. 1. §. 4. de cap. min. L. 1. §. 8. ad SCt. Tertyll.*

für uns nicht mehr practisch; sie hat selbst schon durch Justinian einen grossen Theil ihrer practischen Brauchbarkeit verloren. Der Stand der Freyheit ist, nach seinem alten Sinne, für uns darum ohne Folgen, weil bey uns alle in römischer Bedeutung frey sind; der Stand der Civität ist für uns ganz folgenleer, weil bey uns die Civität nicht mehr die Bedingung unsres Privatrechts ist; der Familienstand ist darum ohne Gehalt, weil schon Justinian die allerwichtigsten Familienrechte in blofse Verwandschaftsrechte verwandelt und von jenen weiter nichts als die Sui-tät übrig gelassen hat. Bey allen dem sind wir nicht berechtigt, über das römische Recht unbekümmert hinwegzuschreiten oder es wohl gar, in der Meynung, dafs denn doch nicht viel darauf ankomme, nach unsern selbst gemachten Begriffen willkührlich zu wenden.

VII.

Et was

über die Methode des deutschen
Privatrechts

mit besonderer Anwendung auf die Frage:

ist der Interimswirth für seine Person
zu einer Lehnwaare verbunden?

Darf der Name Wissenschaft, nicht zu freygebig ertheilt werden, so kann ihn schwerlich unser einheimisches deutsches Privatrecht je erlangen. Schliesst man, wie es aus dem Gesichtspunkt einer angemessenen organischen Eintheilung des Rechtsgebiets geschehen muss, alle gemeine Gesetze als Quellen von dieser Wissenschaft aus *); so kann blos die geo-

*) Nichts kann doch so klar und deutlich von einem Schriftsteller gesagt werden, was nicht von einem andern missverstanden werden könnte. Da lese ich eben des Herrn *Prof. Posse Erörterung der Frage: giebt es gemeines deutsches Privatrecht, und was ist der Gegenstand desselben?* Rost. u. Leipz. 1802. Hier behauptet er unter andern von *Hufelanden*, dass dieser „1.) alles „deutsche Privatrecht für Partikular- „recht erkläre, 2.) das fremde Recht

graphische Allgemeinheit oder (weil die Allgemeinheit uns doch wirklich zu we-

„*ausschliesslich* als das *gemeine* in
„Deutschland geltende Recht aufstelle.“

Und dagegen streitet Herr Posse den grösten Theil seiner Abhandlung hindurch. Wenn *Hufeland* irgendwo so etwas behauptet, wenn er irgendwo das fremde Recht (an einem andern Ort sagt sogar Herr Posse das *römische* Recht) ausschliesslich für das gemeine Recht erklärt hat; so hat er eine Absurdität ohne Gleichen behauptet, nie keine Zeile, am wenigsten eine ganze Abhandlung Widerlegung werth ist. Allein nirgends ist *Hufelanden* eine solche Absurdität entfallen. Er behauptet, alles was durch Gesetze des gemeinen Rechts über das Privatrecht bestimmt, alles was im römischen, canonischen Recht und in den *deutschen Reichsgesetzen* hierüber verordnet ist, macht den Inhalt des *gemeinen* Privatrechts aus und ist in dem Collegium der *Pandecten* zusammen vorzutragen: nun giebt es aber noch particularrechtliche Bestim-

nig Ausbeute geben würde) die geographische Verbreitung in diesem Privatrecht eine Stelle bestimmen. Allein wo ist da die Grenze? Wenn ist ein Institut so verbreitet, daß es der Aufnahme werth wäre? Dies ist dem Gutdüncken überlassen, welches in Ansehung des Mehr oder Weniger durch keine sichere Regel geleitet ist, und daher dieser sogenannten Wissenschaft weder ein bestimmtes, durch seine Gegenstände genay begrenztes und geschlossenes Gebiet an-

N 2

mungen über das Privatrecht und diese bleiben denn dem sogenannten *deutschen Privatrecht*, als eine Einleitung in das Studium einzelner Particularrechte, vorbehalten. Dies behauptet *Hufeland* in dem §. seiner *Einleitung* und überall, und sonst nichts. Herr *Posse* wird es mir, einem dankbaren Schüler *Hufelands* verzeihen, wenn ich die Ehre meines Lehrers zu meiner eignen mache.

weisen *), noch auf wissenschaftliche Art die aufgenommenen Gegenstände,

*) Herr *Posse* wird dies schwerlich zugeben wollen. Er vindicirt die Wissenschaftlichkeit des deutschen Rechts in Ansehung seines Umfangs unter andern aus dem Grunde, weil es allgemein geltende deutsche Gewohnheitsrechte gebe, wohin er auch die *Beweiskraft* der *Handelsbücher* und das *Daseyn von Dienstbarkeiten*, die *im Thun* bestehen, rechnet; nicht weniger darum, weil es herkömmliche eigenthümlich deutsche Verträge gebe, deren Gebrauch sich durch ganz Deutschland findet oder — finden könnte. In der Wahl der allgemeinen deutschen Gewohnheiten ist der Verfasser nicht glücklich. Denn Dienstbarkeiten in *faciendo* giebt es gar nicht, weil auf alle die Verhältnisse, die man dahin rechnet, durchaus nicht der *Begrif* von *Servitus* (versteht sich im römischen Sinn) paßt. Und was die *Beweiskraft* der *Handelsbücher* betrifft, so ist wohl nichts schwankender als diese behauptete Allgemeinheit, weil in Ansehung der

als Gegenstände dieser Wissenschaft, erweisen und rechtfertigen kann. Und doch ist das erste Erfoderniß der Wissenschaft ein gehörig bestimmter Umfang derselben in ihren Gegenständen und Lehren. Indefs wird man diesem Analogon von Wissenschaft seinen Werth und sogar die Nothwendigkeit seines Daseyns nicht absprechen können; es läßt sogar in seinem Einzelnen eine wissenschaftliche Behandlung zu und ist nach dieser, zwar immer von beschränktem, doch nicht ohne allen practischen Gebrauch.

Frage: wie weit und in wie ferne beweisen Handelsbücher? in welchen Verhältnissen? gegen wen? überall die größten Abweichungen herrschen. — Wenn endlich Verträge, die nur in ganz Deutschland sich finden *könnten* in dem deutschen Recht ihren Sitz haben sollen, so begreift sich nicht, was nur irgend ausgeschlossen werden dürfe. Denn was *könnte* nicht in Deutschland allgemein seyn!

Als eine solche wissenschaftliche Behandlung kann ich aber, nach meiner lebendigsten Ueberzeugung nur die Methode anerkennen, die zuerst *Hufeland* genau entwickelt und durch Proben bewährt hat und welche darin besteht, daß man den *Begrif* eines deutschen Instituts aus den particularrechtlichen Quellen aufnimmt, dann aber die *Rechtsgrundsätze* desselben aus dem Begriffe selbst oder (wenn das Institut unter einem schon in dem gemeinen Rechte vorkommenden Genus steht) aus den Grundsätzen des gemeinen Rechts entwickelt *). Jede andere Methode, diese stelle nun bloß die einzelnen Bestimmungen einzelner particularrechtlicher Quellen neben einander,

*, Auch hier könnte ich manches gegen die eben genannte Abhandlung des gelehrten und verdienstvollen *Posse* bemerken. Allein vielleicht erlaube ich es mir, einst in einer besondern Abhandlung die Schrift desselben im Zusammenhang zu prüfen.

oder sie *abstrahire* sich die Rechtsregeln aus denselben, verfehlt den Zweck dieser Disciplin. Die eine macht das deutsche Recht zum bloßen Repertorium der einzelnen particularrechtlichen Bestimmungen und überladet das Gedächtniß, ohne nur für den Mangel an Einheit, durch mittelmäßige Vollständigkeit den Verstand befriedigen zu können: die andere wird, sobald die Partikularrechte einander widersprechen, in ihrer Abstraction willkührlich verfahren und überhaupt auf allen practischen Werth ihrer Abstraction Verzicht leisten müssen. Denn ein solcher angeblicher allgemeiner Rechtssatz kann *als solcher* in keinem Theile von Deutschland angewendet werden, sondern nur seinem Inhalte nach da gelten, wo man seiner nicht bedarf, nemlich da, wo sein Inhalt durch Particulargesetze und Gewohnheiten selbst aufgenommen ist. Denn wer sich vor einem Gericht auf einen so gebildeten Rechtssatz berufen wollte, der würde eigentlich die Har-

monie einzelner deutscher Rechte zum Entscheidungsgrunde und jenen Satz in diesem Orte bloß darum geltend machen wollen, weil er an andern Orten wirklich gilt — eine Prätension, die nicht einmal den Schein der Rechtmäßigkeit für sich hat. Die entgegengesetzte Methode hat den Vorzug, daß sie nicht allein vollständig mit dem Geiste des Instituts bekannt macht; sondern auch für den Fall, wo ein Statut in seinen Bestimmungen eine Lücke zeigt, dem Richter des Orts in der aus der Natur des Instituts entwickelten Regel eine subsidiarische Quelle der Entscheidung giebt.

Wie verschieden die Resultate und selbst die praktischen Beziehungen dieser Methoden seyen, mag gleichsam beyspielweise die kurze Ausführung der Frage beweisen: *ob der Interimswirth nach deutschem Recht zur Bezahlung eines laudemii verpflichtet und der Anerbe eine von dem Stiefvater zur Bezahlung der Auffarthsgelder aufgenommene Schuld, nach Endi-*

gung der Regierungsjahre, zu übernehmen verbunden sey?

Was den ersten Theil der Frage betrifft, aus welchem der andere abgeleitet werden muß; so behauptet Herr *Runde* als allgemeine Regel: daß der Stiefvater ein *laudemium*, und zwar nicht etwa für den Anerben, sondern für *seine Person* zu bezahlen habe *). Durch dieses *laudemium* muß sich nach dieser Vorstellungsart, der Interimswirth die Interimsrechte erwerben, so wie sich der *Colonus* selbst das Colonatrecht durch dasselbe erwerben muß. Daß jene Bestimmung in einzelnen Landesordnungen angenommen sey, ist nicht zu bezweifeln. Fünf von Herrn *Runde* aufgeführte Eigenthums- und Meyerordnungen stimmen darin mit einander überein. Sollte uns aber dieses zu jener allgemeinen Re-

*) In dessen trefflicher Schrift: *über die Interimswirthschaft* II. Hauptst. III. Abschn. §. 38. ff.

gel berechtigen? Und wo ist der practische Nutzen derselben? Können nach ihr, die aus Münsterischen, Ravensbergischen, Osnabrückischen etc. etc. Verordnungen abstrahirt ist, etwa die Verbindlichkeiten des *Hessischen* Interimswirths beurtheilt werden? Ich denke: nein. Es wäre schon höchst gewagt, oder vielmehr geradezu verwerflich, wenn man diesen Satz, der unter andern die *Osnabrückische Eigenthumsordnung* für sich hat, bey dem Interimswirth auf Osnabrückischen Winnerbengütern geradezu anwenden wollte. Denn was von Gütern der Eigenbehörigen gilt, das gilt darum noch nicht von den freyen Bauerngütern, und blos auf jene bezieht die Osnabrückische Eigenthumsordnung jenen Satz.

Blicken wir auf die Natur der Interimswirthschaft, so findet sich ein ganz anderes Resultat, nach welchem jene einzelnen Verordnungen blos als *Abweichungen* von einer allgemeinen Regel erscheinen.

Ich setze als durch Herrn *Runde* erwiesen voraus, daß das Wesen der Interimswirthschaft in einem auf die Zeit der Minderjährigkeit des Anerben beschränkten *Niefsbrauchs der Colonatsrechte* bestehe *). Der Stiefvater ist Usufructuar, jedoch so, daß nicht das Gut selbst, sondern das Recht des Anerben auf das Gut als Gegenstand des Niefsbrauchs gedacht wird. In so ferne nun, abgesehen von der Eigenthümlichkeit dieses Instituts, der allgemeine Begriff von Niefsbrauch zur Anwendung kommt, in so ferne haben wir in der Interimswirthschaft ein römisches Institut. Abstrahiren wir bey der Interimswirthschaft von dem römischen Recht, so finden wir in der Natur derselben weder einen Grund, die Verbindlichkeit des Interimswirths zu einem *laudemium* zu behaupten, noch zu läugnen. Allein das gemeine Recht,

*) *Ueber die Interimswirthschaft* I. Hptst. §. 23. ff.

das seinem Wesen nach überall so lange gilt, als es nicht durch entgegengesetzte particularrechtliche Bestimmungen aufgehoben ist und das ein Rechtsinstitut, den Ususfructus, kennt, unter welchem die Interimswirthschaft bloß als eine eigentliche modificirte Species gehört, beantwortet uns diese Frage und beantwortet sie uns *verneinend*: Denn ein Usufructuar ist zwar zur Tragung der auf dem Gute haftenden Lasten, nicht aber zur Bezahlung einer Geldsumme als Bedingung der wirklichen Erwerbung, gleichsam zu einem Kaufpretium für den Nießbrauch verbunden. In der Lehre von der Interimswirthschaft ist also der gerade entgegengesetzte Satz nämlich: *der Stiefvater bezahle keine Weinkaufsgelder*, als Regel aufzustellen und diese Regel, weil sie sich auf das gemeine Recht gründet, gilt überall, wo nicht ausdrückliche Gesetze oder bestimmte Gewohnheiten das Gegentheil verordnen,

Diese Behauptung erlaube ich mir

noch gegen die besondern Gründe des Herrn *Runde* zu rechtfertigen. Er knüpft seine aus Particulargesetzen abstrahirte Behauptung auch an die Natur der Interimswirthschaft überhaupt und sucht sie so von oben herab eigentlich zu begründen. „Der Nutzniesser, des Colonatrechts, sagt er *), ist allerdings „zur Bezahlung des Handlohns gehalten: „weil er 1.) diesen Nießbrauch und den „lebenslänglichen Unterhalt vom Hofe „auf eben die Art und durch eben die Abgaben erwerben muß, welche ein wirklicher Colonus bey Antretung des Colonatrechts selbst zu zahlen verbunden „ist; und 2.) weil ein eventuelles Colonatrecht für ihn und seine Kinder eine „Folge der Interimsverwaltung ist.“ Was den ersten Grund anbetrifft, so scheint er nichts weniger zu sagen als, der Interimswirth sey zum Handlohn verbunden, weil — er dazu verbunden sey. Denn eben

*) A. a. O. §. 38. S. 139. ff.

das ist ja die Frage: *ob* der Interimswirth auf dieselbe Art den Niefsbrauch sich erwerben müsse, als wie der wirkliche Colonus das Colonatrecht? Der Colonus und der Interimswirth sind doch sehr von einander verschieden; die jedem besonders zustehenden Rechte und Verhältnisse sind ihrem Wesen nach einander entgegengesetzt. Da der Stiefvater kein wirklicher Colonus, sondern nur interimistischer Verwalter und Niefsbraucher ist, so kann unmöglich so geradezu auf den letzten ausgedehnt werden, was von dem ersten gilt. Und warum sollte er ein laudemium bezahlen müssen? Das gemeine Recht kennt nur die Lehenwaare bey Emphyteusen, diese aber bezahlt nur der neue emphyteutische Colonus selbst. Daher würde uns schon die Analogie zwischen den deutschen Colonatgütern und der römischen Emphyteuse, zur Ausschliessung des Stiefvaters von der Verbindlichkeit zu einem Auffarthsgelde nöthigen. Und diese Analogie ist um so mehr begründet, da

es historisch gewiß ist, daß die deutschen Laudemien aus der *quingagesima emphyteuticaria* entstanden sind *), also mit Grund zu erwarten ist, daß die deutschen Laudemien wenigstens in der Hauptsache den Character ihres Ursprungs beyhalten haben. Die Bemerkung, die Herr *Runde* in der Note c. zur Unterstützung seiner Behauptung anführt, nämlich *quod laudemium sit laboris compensatio pro actu translatae possessionis symbolico* **) und daß doch auch dem Interimswirth die *possessio* übertragen werde, beweist schon darum nichts, weil

*) *Senkenberg jus feudale* §. 258. — *Pufendorf obs. jur. un.* T. III. obs. 34. — *Eisenhard deutsches Recht in Sprüchwörtern* Nr. III. §. 1. Not. 2.

**) *Struben tract. de bonis meierdingicis* §. 7. p. 567.

sie zuviel beweist, indem nicht jeder, dem auf symbolische Art der Besitz übertragen wird, ein laudemium zu bezahlen hat. —

Das zweyte Argument des Verfassers ist eben so unhaltbar. Es könnte höchstens erklären, warum der Interimswirth nach einzelnen Particulargesetzen, nicht aber, daß er überhaupt nach einer allgemeinen Regel zur Bezahlung eines *Laudemii* verbunden sey; es könnte die Billigkeit der Einführung einer solchen Regel, nicht aber ihr rechtliches Daseyn und ihre rechtliche Nothwendigkeit beweisen. Aber selbst die Billigkeit ist nicht jener Behauptung günstig. Warum soll sich der Interimswirth sein Recht noch durch eine besondere Lehenwaare erkaufen, da die Rechte, welche er mit der Interimsverwaltung erhält, durch die Lasten, die er

übernimmt, schon hinreichend aufgewogen werden. Die Verwendung des Eingebachten in das Gut wiegt doch schon allein die Vortheile des Aufheuerns auf.

Aus diesen erwiesenen Voraussetzungen beantwortet sich nun leicht der zweyte Theil unsrer Frage. Die Veranlassung derselben war folgender Rechtsfall. — Auf einem freyen Meyergute im Osna-brückischen hatte der aufgeheuerte Stiefvater eine Schuld von 350 Thlrn zur Entrichtung eines Laudemii aufgenommen, aber während seiner Regierungsjahre nicht bezahlt. Nach Endigung derselben verweigerte sowohl der Stiefvater, als der Anerbe die Bezahlung des Capitals und der Interessen. Der Gläubiger klagte also gegen den Interimswirth; dieser wurde verurtheilt, jedoch mit Vorbehal-

tung des Regresses gegen den Colonus. Daher stellte er denn gegen diesen eine Regressklage an, und über sie war zu erkennen. — Sobald es anzunehmen gewesen wäre, daß der Stiefvater das *laudemium* für seine Person entrichtet habe; so hätte der Kläger unbedenklich abgewiesen werden müssen. Denn nun wäre jene Schuld weder als eine Schuld zum Vortheile des Guts, noch als eine Schuld zum Vortheile des Anerben zu betrachten gewesen und folglich hätte dieser aus keinem Titel zur Uebernehmung derselben verbunden seyn können. Allein jene Voraussetzung war nicht begründet. Die Osnabrück'sche Verordnung, welche dem Interimswirth ein *laudemium* auferlegt, spricht blos von Gütern der Leibeigenen *)

*) Osnabrückische E. O. C. IV. §. 22. C. XII. §. 9.

und konnte auf ein Weinerbengut nicht ausgedehnt worden. Mithin blieb nichts übrig, als nach allgemeinen Gründen und zwar des gemeinen Rechts zu entscheiden. Nach diesem war der Stiefvater, als blosser Nutzniesser von der Verbindlichkeit zum *laudemium* frey. Auch konnte ihm nicht entgegenstehen, daß er wirklich ein *laudemium* bezahlt und dazu eine Schuld aufgenommen hatte. Denn es konnte ja diese Lehenwaare von dem Stiefvater, als einem *negotiorum gestori*, für den Anerben bezahlt worden seyn. Dieses war denn auch nach den angegebenen Gründen wirklich anzunehmen, mithin die Schuld als ein *Debitum in utilitatem coloni versum*, dem Anerben aufzulegen. Der Beklagte wurde sonach condemnirt, ihm jedoch der Beweis nachgelassen, daß

ein Interimswirth auf einem Weinerben-
gut zu einem laudemium verbunden sey,
und daher der klagende Stiefvater jene
350 Rthlr. für seine *eigne* Person, als In-
terimswirth bezahlt habe.

VIII.

Ueber

actio in rem und actio in personam,
jus in rem und jus in personam.

Gegen Hrn. *Prof. Thibaut.*

in tent and also in person
has in tent and has in person
Gordon H. B. T. 1844

H_{r.} Prof. *Thibaut*, dessen Scharfsinn die Unrichtigkeit und Unbestimmtheit der gewöhnlichen Begriffe über *dingliches* und *persönliches Recht* nicht entgehen konnte, suchte uns in seiner Abhandlung über *dingliches* und *persönliches Recht* *) auf einen neuen und eignen Weg zu führen, von dem er behauptet, daß er der einzig richtige sey und daß nur völlige Verkehrtheit in der Ansicht des Positiven denselben bisher versteckt habe. Er geht aus von der sehr richtigen Bemerkung über das Unbefriedigende der herrschenden Behauptung, welche das dingliche Recht für ein Recht erklärt, das eine Klage gegen jeden Besitzer der Sache erzeugt, während persönliches Recht ein solches seyn soll, woraus keine Klage gegen jeden Besitzer entspringt. Da es

*) In *dessen Versuchen* II. Bd. 2. Abh.

dingliche Klagen giebt, die nicht immer gegen jeden Besitzer angestellt werden können, persönliche, die gegen jeden Besitzer statt finden: so enthält ja diese Bestimmung, wie jedem von selbst einleuchtet, den offenbarsten Widerspruch. Eben so anerkannt von jedem Verständigen ist die Bemerkung des Verfassers, daß positive Begriffe nur auch positiv bestimmt werden dürfen, daß das historische historisch zu erklären und es offenbar verkehrt sey, die Frage: was ist dingliches oder persönliches Recht nach *positiven* Gesetzen? aus der Natur der Sache d. h. aus der Philosophie des Rechts zu beantworten, dadurch aber dem positiven Recht Begriffe unterzuschieben, an die es nicht dachte *). Wer unterschreibt

*) Einer ganz andern Meynung ist Hr. Prof. *Hübner* zu Leipzig in seinen *Berichtigungen und Zusätzen z. den Inst. des röm. Rechts* (Leipz. 1801.) S. 110. „Der Begriff *actio realis* muß *a priori* gefunden und *a posteriori* nur bewährt

diese Maxime nicht? Und welcher Gelehrte, der die Grenzscheide der Wissenschaften kennt und es weiß, daß die Verknüpfung eines Begriffs mit einem gewissen Worte an sich willkürlich ist, und keine Philosophie, einen nothwendigen Nexus zwischen Wort und Begriff bestimmen kann, welcher Gelehrte die-

„werden: d. i. da es unläugbar ein *jus*
 „*in re* giebt, nach der Natur der Sache
 „und den Gesetzen, so muß das Wesen
 „der Folge desselben, der dinglichen
 „Klagen, *a priori*, in dem Begriffe des
 „dinglichen Rechtes aufgesucht werden,
 „so daß nicht der Begriff, sondern nur
 „die Beyspiele dazu aus dem positiven
 „Rechte gesammelt werden, und man
 „es jeder Klage, ohne auf irgend einen
 „Zweifel zu stoßen, und das Gegen-
 „theil zu ahnden, sogleich, nachdem
 „man ihr aktives und passives Subject
 „und ihren Zweck erkannt hat, anse-
 „hen können muß, ob sie dinglich oder
 „nur persönlich sey.“ Es bedürfen
 solche Stellen keiner Bemerkung.

ser Art hat nicht von jeher diese Maxime wirklich beachtet? — Allein ich bin der Ueberzeugung, daß die eigne und der bisherigen geradezu entgegen gesetzte Theorie des Herrn Verfassers, weit entfernt zu befriedigen, noch weit tiefer in die Fehler versinke, welche sie der Gegnerin zum Vorwurfe macht, daß sie mit sich selbst und noch viel mehr mit den anerkanntesten Bestimmungen des römischen Rechts, auf das sie gleichwohl gegründet zu seyn behauptet, im Widerspruch verwickelt sey. Indem ich diese Ueberzeugung ausspreche, fürchte ich nicht den Mann zu beleidigen, der selbst mit unbedingter lobenswerther Freymüthigkeit seine Ueberzeugungen auszusprechen gewohnt ist. Ueberdies streite ich nicht einmal eigentlich gegen den Verfasser, indem ich ihn nur gegen sich selbst, seine, schon durch mehrere sehr verdienstliche Bemühungen bewährte Maximen, wider seine Handlungen in jener Theorie in den Schutz nehme.

Der Verfasser glaubt das *πρῶτον ψευδος* der gewöhnlichen Theorie darin zu finden, daß sie gerade da anfangen, wo man erst endigen müsse, daß sie als Grund betrachte was nur eine Folge, ein begründetes sey. Während die bisherige Theorie den Unterschied zwischen *dinglichen* und *persönlichen Klagen* aus dem Unterschiede zwischen *dinglichem* und *persönlichem Rechte* ableitet und sich also ein dingliches *Recht* als *Grund* einer *dinglichen Klage*, ein *persönliches Recht* als *Grund* einer *persönlichen Klage* denkt, behauptet die seinige, es sey alles dieses gerade umzukehren. Unabhängig von dem Unterschiede zwischen dinglichen Klagen sey der Unterschied jener Rechtsarten nach positivem Recht gar nicht möglich, gar nicht denk- und bestimmbar; nur die Verschiedenheit der Klage bestimme als Merkmal die Verschiedenheit jener Rechte. „Die Römer theilen nämlich bekanntlich alle *Klagen* in *actiones in rem* und *actiones in personam* ein.

„Diese Eintheilung hat nun allein die
 „ersten Erfinder der Eintheilung der
 „Rechte in *jura in re* und *in personam* ge-
 „leitet. Ein Recht, sagen sie, ist ent-
 „weder mit einer *actio in rem* oder mit
 „einer *actio in personam* verknüpft; in
 „jenem Falle nennen wir es *jus in re*, in
 „diesem *jus in personam*, oder, wie die
 „Päbste statt des letzten sagen, *jus ad*
 „*rem* (S. 33.)“ — „*Jus in re* oder *in rem*,
 „ist ein Recht, welches *in rem* d. h. un-
 „beschränkt durch eine *actio realis*, *jus*
 „*in personam* ein Recht, welches nur *in*
 „*personam* d. h. beschränkt [durch eine
actio in personam], geschützt werden kann
 (S. 59.) — „Man sollte daher auch nie
 „sagen, wie es, aus falscher Liebe für
 „Axionen täglich geschieht: das Eigen-
 „thum ist ein dingliches Recht, also er-
 „zeugt es eine dingliche Klage, sondern
 „vielmehr umgekehrt: das Eigenthum
 „ist ein dingliches Recht, weil damit eine
 „dingliche Klage verbunden ist (S. 48.)“.

Um der Prüfung dieser Theorie die

gehörige Klarheit zu geben und eine vollständige Uebersicht möglich zu machen, erlaube ich mir die einzelnen Fragpunkte, von deren Beurtheilung die Beurtheilung ihres Werthes abhängen muß, herauszuheben und von einander abzusondern.

I.

Was ist actio in rem und actio in personam nach römischem Recht? Sind die Begriffe des Verfassers hierüber bestimmt, verständlich und mit sich selbst und den Gesetzen übereinstimmend?

Da die ganze Theorie des Verfassers über dingliches und persönliches Recht von dem Unterschied zwischen dinglicher und persönlicher Klage ausgeht, und durch diesen begründet wird, so versteht es sich von selbst, daß der Begriff von dinglicher und von persönlicher *Klage* vor den Begriffen von dinglichem und persönlichem *Recht* und unabhängig von demselben durch sich selbst verständlich, bestimmt werden muß. Von dem Schick-

sal jener Begriffe hängt nach unsres Verfassers Theorie das Schicksal dieser in allen Punkten ab.

Der Verfasser findet den Unterschied beyder Klagen in der Verschiedenheit der Personen, gegen die sie angestellt werden, in der Verschiedenheit ihres Grundes und der Verschiedenheit ihres Zwecks. Er nennt S. 42. *actio in rem* diejenige Klage:

„die ihrer Natur nach nicht gegen
 „eine *einzelne* Person statt findet und
 „welche der Berechtigte *blos und*
 „*allein aus dem Grunde, weil ihm*
 „*das Recht zusteht, gegen jeden an-*
 „stellen kann, welcher sich dieses
 „Rechts, oder eines andern dasselbe
 „aufhebenden Rechts anmaßt und
 „zwar schlechtweg *dahin, dafs dem*
 „*Beklagten das Recht abgesprochen*
 „*werde, weil dieses mit dem Recht*
 „des Klägers nicht bestehen könne.“

Ist dieses wirklich der Begriff des römischen Rechts, so muß man zugleich

bekennen, daß dieses Recht gar keinen Begriff von einer Realklage, im Gegensatz von einer persönlichen habe. Denn jede Bestimmung eines Begriffs, mögen wir sie nun Definition oder Beschreibung nennen, soll eine Sache kenntlich machen dem, der sie nicht kennt, und, um dieses zu können, muß sie Merkmale angeben, durch die sich der Gegenstand von andern unterscheiden läßt. Allein die vorliegende Bestimmung erfüllt diese Forderungen in keinem Punkt.

„Die dingliche Klage findet ihrer Natur nach nicht gegen eine *einzelne* Person statt“ — erstes Merkmal. Was will das sagen: nicht gegen eine *einzelne* Person? — Steht etwa das Einzelne dem Mehrern entgegen, wie es wohl dem Sprachgebrauche nach seyn müste, ist also diese Klage eine solche, die gegen Mehrere statt findet? — Unmöglich, dieser Gedanke wäre nicht nur schlechthin relativ und schwankend, sondern auch völlig unwahr. — Vielleicht soll es so-

viel wie, *bestimmte Person*, bedeuten. Dann ist aber dieses bestimmte wieder höchst unbestimmt. Nur dann läßt sich mit den Worten „*einzelne Person*“ ein bestimmter Gedanke verbinden, wenn man sie durch *persona obligata* übersetzt und an die Person denkt, die in einem *besondern Rechtsverhältnisse* mit mir steht, wodurch, weil in diesem Rechtsverhältnisse nur ein Recht gegen die obligirte Person, nicht aber gegen einen Dritten statt findet, mir es auch nur möglich wird, gegen sie, aber nicht gegen einen Dritten mein Recht gerichtlich zu verfolgen. Ist dieses der Sinn der Worte: „*einzelne Person*“ (und er ist in der That schlechthin der einzig mögliche bestimmte Sinn) so geht die Theorie des Verfassers in dem rundesten Cirkel herum, in welchem nur immer eine Argumentation gehen kann. Sie behauptet ja, dingliches Recht sey weiter nichts als ein Recht, das durch eine dingliche Klage, persönliches Recht, das durch eine

actio in personam verfolgt werden kann, sie behauptet, daß schlechterdings nicht diese Klagen aus diesen Rechten, sondern nur diese Rechte als dingliche oder persönliche Rechte aus jenen Klagen abgeleitet, erklärt und bestimmt werden können. Gleichwohl setzt sie in dem Merkmal: die dingliche Klage findet nicht gegen eine einzelne Person statt, den Begriff von *obligatio* und eben dadurch den Begriff von einem besondern Recht, das nur eine persönliche Klage hervorbringt, als vorhanden und erklärt voraus. Ich sehe nicht, welches der Ausweg aus diesem Cirkel seyn könne.

Das zweyte Merkmal ist unstreitig die Hauptsache, ist aber eben so unhaltbar, wie das erste. Der unterscheidende Charakter der dinglichen Klage soll darin bestehen, daß sie „*blos aus dem Grunde,*
 „*weil dem Kläger das Recht zusteht,* gegen
 „jeden angestellt werden kann, der
 „sich dieses Rechts oder eines andern das-

„selbe aufhebenden Rechts anmaßst.“ Also die unbedingte Allgemeinheit in Ansehung des Grundes, wie dieses der Verfasser nennt, ist für sie das Kriterium der Unterscheidung. Der Verfasser sagt S. 41. von dieser Allgemeinheit des Grundes: in Ansehung des Grundes sey eine Klage unbeschränkt allgemein, *wenn man, um zu siegen, nichts weiter, als die Existenz seines Rechts zu beweisen brauche, ohne genöthigt zu seyn, noch ausserdem etwas anzuführen, um den Gegner zum Weichen zu bringen.* Gegen alles dieses dringt sich von selbst die Bemerkung auf, daß *keine einzige Klage, weder nach der altrömischen, noch nach der jetzt geltenden Prozeßverfassung angeführt werden könne, deren Grund ein anderer, als allein die Existenz des Rechts ist, das durch sie verfolgt werden soll, keine einzige, bey welcher der Kläger, um zu siegen, etwas anders zu beweisen brauchte, als die Existenz seines Rechts. Die Gründe, aus welchen die*

Existenz des Rechts abgeleitet wird, können nach Verschiedenheit der Klagen verschieden seyn und sind es wirklich: bald wird sich der Kläger auf eine *traditio ex causa praecedente*, bald auf ein Testament und die geschehene Antretung einer Erbschaft, bald auf einen Contract mit dem Beklagten, bald auf eine unerlaubte Handlung desselben, nach Verschiedenheit der angestellten Klagen, berufen müssen. Aber in dem *Einen* Hauptpunkt: mir steht das Recht zu, und, weil es mir zusteht, allein mein Gegner dieses Recht nicht anerkennt, so klage ich, — in diesem Punkt kommen alle Klagen, *vindicationes* und *condictiones*, und was es sonst für Klagarten giebt, streng mit einander überein *). Da eine Klage nur Mittel der Verfolgung meines Rechts ist, so ist eine Klage, wobey ich noch etwas anders,

P 2

*) Selbst bey possessorischen Klagen ist dieses der Fall. Denn hier verfolge ich das Recht, zu besitzen.

als das Daseyn dieses meines Rechts beweisen muß, ein Unding. Der Verfasser scheint dieses selbst gefühlt zu haben, denn er sagt uns kein Wort über die persönliche Klage und *was es denn für ein Etwas sey*, was noch ausser dem Daseyn des Rechts, dieser zum Grunde liegen und von dem Kläger bewiesen werden muß. Wollte der Verfasser antworten: „noch ein *besonderes Factum* muß, ausser dem Recht, erwiesen werden“ so müste ich erwiedern: auch dies ist bey allen Klagen der Fall, weil ein Recht niemals unmittelbar, sondern nur aus den Thatsachen, von denen es abhängt, erkannt und erwiesen werden kann. Wer die *rei vindicatio* anstellt, kann nicht den Sieg davon tragen, wenn er blos sagt: ich bin dominus; sondern er muß die besondere Thatsache, durch welche die Existenz des Rechts in ihm begründet wurde, z. E. die Uebergabe von einem dominus, die Verjährung u. s. w. beweisen. Die *facta* selbst, worauf ich mich

bey der einen oder der andern Klage beziehen muß, sind verschieden. Daher hätte die Verschiedenheit dieser Thatfachen den Unterschied dieser beyden Klagenarten bestimmen sollen.

Sollte etwa der Verfasser den Nerv des von ihm angegebenen zweyten Merkmals in die Worte gelegt haben: „gegen *je-*
„*den*, der sich dieses Recht, oder ein
„anderes ihm entgegenstehendes Recht
„anmaßt?“ — Konnte es dann aber dem Scharfsinne des Verfassers entgehen, daß diese Worte, die im Grunde nur eine neue Wendung des alten: „gegen jeden Besitzer“ sind, ganz von denselben Einwendungen getroffen werden, die er selbst mit so vielem Grunde der alten Phrase entgegen gesetzt hat.

Denn 1.) es giebt unbezweifelt *persönliche* Klagen, die dennoch gegen jeden angestellt werden können, der sich das durch die Klage verfolgte Recht oder ein anderes demselben entgegenstehendes Recht anmaßt. Bey der *actio ad ex-*

hibendum ist der Grund der Klage das durch ein rechtliches Interesse bestimmte Recht zur Auslieferung einer gewissen Sache. Wer nur immer die Sache besitzt, sie mir aber nicht zeigt, sich also das meinem Recht entgegenstehende Recht, sie zurück zu behalten, anmaßt, gegen den klage ich. Und doch ist diese Klage nur eine persönliche Klage. Hat Furcht oder Zwang zu einem Contract mich genöthigt und habe ich, diesem gemäß, eine Sache übergeben, so habe ich *ex edicto Praetoris* das Recht, sie von jedem, der mir sie vorenthält, zurück zu fordern. Auch diese Klage ist eine *actio personalis*. Ueberhaupt ist es dem Verfasser absolut unmöglich, nach seiner Theorie die *actiones in rem scriptas*, die er doch selbst zu den persönlichen rechnet, von den dinglichen ohne Widerspruch mit sich selbst zu unterscheiden. Z. B. um die *actio quod metus causa* als eine persönliche Klage aus seiner Theorie zu rechtfertigen, sagt er S. 45.: „die act.

„q. m. c. kann zwar gegen jeden Besitzer
 „angestellt werden, aber nicht bloß und
 „allein darum, *weil der Kläger ein*
 „*Recht an der Sache hatte*, sondern
 „weil das besondere Factum des Zwan-
 „ges, der Erpressung, vorgefallen ist.“
 Wie konnte der Verfasser, indem er die-
 ses sagt, so ganz und gar seine eigne
 Theorie vergessen? Er selbst sagt es un-
 zählig oft, wie es denn die Summe seiner
 ganzen Theorie ist, daß man bloß nach
 dem Unterschied zwischen dinglichen und
 persönlichen Klagen den Unterschied zwi-
 schen dinglichem und persönlichem Recht
 bestimmen könne und dürfe; und hier
 macht er es nun gerade umgekehrt, indem
 er behauptet: weil nicht das *Recht an einer*
Sache, sondern das besondere obligatori-
 sche Factum des Zwangs der Hauptgrund
 der Klage ist, so ist sie persönlich, —
 indem er folglich mit klaren deutli-
 chen Worten das *Recht an der Sache*, als
 Grund der Klage zum Distinctiv-Charac-
 ter der dinglichen Klage, hingegen das

besondere obligatorische Factum (und das dadurch begründete persönliche Recht) als Grund der Klage zum Kriterium für die *actio personalis* erhebt. Kurz, der Verfasser musste hier selbst die Theorie annehmen, die er bestreitet, um seine eigene Theorie gegen dieselbe geltend zu machen; er musste aus dem dinglichen und persönlichen Recht den Unterschied zwischen dinglicher und persönlicher Klage ableiten, um jene aus dieser ableiten zu können.

2.) Es finden *actiones in rem* in gewissen Fällen *nicht gegen jeden* statt „der „sich dieses (durch die Klage verfolgte „Recht) oder ein anderes dasselbe aufhebendes Recht anmaßt.“ Denn, um nur eins anzuführen, die *hereditatis petitio* kann nur gegen den, der *pro possessore* oder *pro herede* besitzt, nicht aber gegen denjenigen, der *titulo singulari*, als *dominus* u. s. w. besitzt, angestellt werden. Wer mir, wenn ich sage: mir als Erben gehört zu, was du besitzt, — entge-

gensetzt: ich aber bin Eigenthümer, der legt sich doch unstreitig ein Recht bey, das *mein Recht aufhebt*. Denn ist er wirklich Eigenthümer, so muß ich als Erbe weichen. Und doch findet gegen ihn die *her. pet.* nicht Statt. Was sagt nun hiezu der Verfasser? Der Grund, sagt er S. 43. warum die *hered. pet.* nur gegen den angestellt werden kann, der *pro herede* oder *pro possessore* besitzt, sey der „weil beyde „nach der Natur der Sache weichen müssen, sobald der Kläger sein Erbrecht bewiesen hat. Besitzt jemand *titulo singulari*, so ist dieser *Besitz mit dem Grund der Klage nicht im Widerstreit*.“ Das ist er aber allerdings, wie ich so eben bemerkt habe. Will der Verfasser hiemit soviel sagen: diese Art des Besitzes oder vielmehr, dieser Grund des Besitzes steht nicht *directe* meinem Klaggrunde entgegen, so widerspricht er sich wieder selbst mit den klarsten Worten. Denn er behauptet ja, die dingliche Klage finde auch gegen den Statt, der sich ein *anderes*

mein Recht aufhebendes Recht anmaßst; und das ist denn doch, nach bekannten Rechtsgrundsätzen, bey dem der Fall, der wegen des angeblichen Eigenthumsrechts, das erwiesen mich völlig ausschließt, die Sache mir vorenthält, auf die ich als Erbe Anspruch mache.

Es bliebe mir noch das letzte Merckmal zu prüfen übrig, nemlich, daß die dingliche Klage „schlechtweg dahin gehe, „daß dem Beklagten das Recht abgesprochen werde, weil dies mit dem Recht „des Klägers nicht bestehen könne.“ Allein dieses einzige Merkmal vermag den Begriff nicht zu halten, der in seinen Hauptmerkmalen unwahr ist. Auch wird dasselbe von Herrn *Thibaut*, der auf das zweyte das ganze Gewicht legt, in der Anwendung nicht weiter benutzt.

II.

Welche Gründe leiteten den Verfasser zu jener Bestimmung?

Die Antwort auf diese Frage wird uns

zeigen, daß der aufgestellte Begriff von *actio in rem*, selbst wenn er *wahr* wäre, ganz willkürlich angenommen und daß der Grund von dem er ausgeht, selbst ungegründet sey.

Die grammatische Bedeutung von *in rem* und *in personam* ist die Basis der Argumentation des Verfassers. *In rem* wird, wie er angiebt, zur Bezeichnung alles dessen gebraucht „was eine gewisse (?) „unbedingte Allgemeinheit hat.“ *Pactum in rem* ist ihm ein solches „welches in „Ansehung seiner Wirkungen eine gewisse (?) Unbeschränktheit hat.“ *Exceptio in rem* eine solche „die eine gewisse (?) unbedingte Wirksamkeit hat.“ Und diese Bedeutung soll aus *L. 57. §. 1. de pactis L. 5. pr. usufr. quemadmod. cav. L. 2. §. 2. L. 4. §. 34. de dol. mal. et metus exc.* folgen. — Nachdem er dieses festgesetzt hat, so bemerkt er, indem er die einzelnen Klagen, welche unbezweifelt zu den dinglichen Klagen gerechnet

werden, der Reflexion dargestellt, daß
 1.) *actiones in rem* von den *actionibus in personam* sich nicht dadurch generisch unterscheiden können, daß sie gegen jeden Besitzer angestellt würden, und 2.) daß es nicht einmal der Distinctiv-Character derselben seyn könne, daß sie überhaupt gegen den Besitzer angestellt werden. Die Darstellung dessen, was die dinglichen Klagen *nicht* seyen, schließt er S. 41. mit der Bemerkung „dennoch
 „läßt sich bey genauer Untersuchung ein
 „characteristisches Merckmal entdecken,
 „wodurch sich die dinglichen Klagen von
 „den persönlichen unterscheiden lassen.
 „Der Ausdruck *in rem* giebt hiezu den
 „besten *Fingerzeig*. Vermöge desselben
 „muß eine gewisse (?) *unbeschränkte*
 „*Allgemeinheit* das Wesen der dinglichen
 „Klagen ausmachen, *und diese ist es auch*
 „*gerade*, wodurch sich alle dinglichen
 „Klagen auszeichnen.“ Dies ist die Deduction des oben geprüften Begriffs.

Zuerst bemerke ich: die Bedeutung,

die der Verfasser dem *in rem* und *in personam* unterlegt, ist nicht nur ohne alle Bestimmtheit (denn was ist das eine — gewisse — unbedingte Allgemeinheit?) sondern auch entschieden irrig. Die Römer haben eine ganz andere, den Worten selbst sich weit besser anschmiegende und ganz bestimmte Bedeutung. *In personam* prädiciren sie von allen demjenigen, was auf eine bestimmte Person bezogen und eingeschränkt ist, das *in rem* von demjenigen, was nicht auf eine bestimmte Person bezogen und eingeschränkt ist. So sagt die L. 7. §. 8. D. de pactis. *Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. In rem sunt, quoties generaliter paciscor, ne petam; in personam, quoties, ne a persona petam, id est, ne a Lucio Titio petam.* Ganz in demselben Sinne sagt die L. 13. §. 1. D. de minoribus: *Interdum autem restitutio et in rem datur minori, id est, adversus rei ejus possessorem, licet cum eo non sit contractum.* Die Restitution des Minderjährigen findet

nicht bloß gegen die bestimmte Person statt, mit welcher contrahirt worden, sondern auch gegen andere unbestimmte Personen (*in rem*). Eben dieses sagt die von dem Verfasser selbst angeführte L. 57. §. 1. *de pactis si ex altera parte in rem, ex altera in personam pactum conceptum est, veluti, ne ego petam, vel, ne a te petatur heres meus ab omnibus vobis petitionem habebit et ab herede tuo omnes petere possumus.* Hier ist von keiner Unbeschränktheit in Ansehung der Wirkung die Rede, sondern das Fragment nennt es ein *pactum in rem conceptum*, wenn ich ohne Beschränkung auf eine gewisse bestimmte Person, nur *paciscire ne petam*, hingegen ein *pactum in personam*, wenn dasselbe auf ein bestimmtes Individuum bezogen ist: *ne a te (a Lucio Titio) petam.* In den andern von dem Verfasser selbst angeführten Stellen liegt dieses ebenfalls deutlich und klar. Was ich hier gegen den Verfasser bemerke ist nichts weniger als neu. *Gipha-*

nus *) sagt, *phrases in rem et in personam, idem valent, quod generaliter et nominatim* und erklärt auch den Unterschied zwischen *actio in rem* und *actio in personam* daraus: *qui omnis conceptio et forma actionis vel fit nominatim, vel fit non nominatim sive in rem.* *Brissonius* **) und andere bemerken dieses nicht weniger.

Der Verfasser konnte zu keinem befriedigenden Resultate kommen, da er, bloß durch Wortbedeutungen und noch dazu irrig angenommene Wortbedeutungen geleitet, den Ort gar nicht betreten hat, auf den uns in dieser Lehre die deutlichsten Gesetze verweisen. Nämlich die römische Lehre von den Klagen kann nur aus den Antiquitäten, aus der Formularjurisprudenz der Römer erklärt werden. Die Verschiedenheit der Klag-

*) *Lecturae Altorfinae* ad L. 25. de act. p. 588.

**) *De V. S. voc. res.* §. 17.

formel bestimmt die Verschiedenheit der römischen Klagen als solcher, bestimmt insbesondere den Unterschied zwischen *actio in rem* und *actio in personam*.. Ausdrückliche Bestimmungen der Gesetze müsten uns hierauf schon allein führen können. In dem §. 1. *J. de action* sagt Justinian: *Omniū autem actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de quacunque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur, aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio, quo casu propositae sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere, et aliis quibusdam modis: aut cum eo agit, qui nullo ei jure obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu propositae actiones in rem sunt, veluti si rem corporalem possideat quisquam, Titius suam affirmet, possessor autem dominum ejus se esse dicat: nam si Ti-*

tius suam esse intentat, in rem actio est.

Herr Thibaut erklärt geradezu, daß auf diese Stelle nicht zu achten sey, daß sie nur ein neues Beleg für den Satz sey, — daß richtiges Definiren nicht die Stärcke der Römer war. „Die Begriffe: *agere* „*cum eo, qui obligatus, et qui nullo jure* „*obligatus* oder *suum petere*, welche geradezu hätten erklärt werden sollen, sind „hier vorausgesetzt und die Beschreibung „geht im Cirkel.“ Auf diese Bemerkung gründet er sein Recht, bey Bestimmung dieser römischen Begriffe sich nicht weiter um die Erklärungen der Römer selbst zu bekümmern. Allein diese Aeusserung des Verfassers beweist nur, daß er die Definition in Worten suchte, in denen sie gar nicht zu suchen war, daß er den von Justinian angegebenen *Grund* der Klage, die *Veranlassung* zu derselben für die Definition nahm und gerade die vollständig definirenden Worte ganz übersah. Die

Worte: *quo casu proditae sunt actiones in personam*, und nachher *q. c. pr. actiones in rem sunt* beweisen deutlich genug, daß in den vorhergehenden Sätzen nur der Fall, wo die eine oder die andere Klage statt habe, und erst in den darauf folgenden, was die Klage als Klage sey, bestimmt werden solle. *Justinian* nennt persönliche Klagen diejenige: *per quas quis intendit: adversarium ei dare aut facere oportere, vel aliis quibusdam modis*; von der dinglichen Klage sagt er: *si Titius rem suam esse intendat, in rem actio est*. Bekanntlich war die *intentio actionis* derjenige Theil des römischen Processes, wo die postulierte Klage feyerlich und förmlich angebracht wurde, und *intendere* ist der juridische Kunstaussdruck für das Vorbringen oder vielmehr für das *Aussprechen, Hersagen der Klagformel* *).

*) *L. ult. §. ult. D. de reb. cred. L. 163. D. de V. O. L. 3. D. de hered. petit. L. 9. D. si servit. vindicetur. Cf. Brisson. de V. S. voc. intendere.*

Die Definition Justinians lautet also: eine *actio in personam* ist, wo in der Klagformel die Worte *dare oportere, facere oportere* oder andere gleichbedeutende vorkommen; *actio in rem* ist die Klage, deren Formel durch die Worte *res mea est, jus meum est* und dergleichen ausgezeichnet ist. Was sich schon von selbst aus den Worten jenes §. ergibt, zwingt uns beynahe *Theophilus* auf, der, um ihn in verständlichem Latein reden zu lassen, jenen §. so paraphrasirt: *Porro actionum duo haec genera dicuntur — namque aliae in rem sunt, aliae in personam. — Et dicuntur personales, quoniam adversus personam contrahentis vel delinquentis moventur, et actor haec dicit verba: si paret, adversarium dare facere oportere, condemna eum iudex. — Aut agimus etiam adversus eum, qui nobis obligatus non est. — Hic autem actio in rem inventa. Nam si agrum aut domum possideas, quae ego mei esce dico dominii,*

tu vero eadem dicas, dominum te praedicans, actionem in rem adversus te institutam, dicens: si paret, rem illam meam esse, condemna iudex, adversarium. Dafs uns *Justinian* diese Klagen durch die Klagformel habe definiren wollen, sagt uns auch deutlich genug der §. 14. J. eod. *Sic itaque discretis actionibus, certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere: si paret eum dare oportere.* Auf dieselbe Art, wie *Justinian*, unterscheiden nicht weniger alle römischen Rechtsgelehrten diese Klagen von einander, indem in unzähligen Stellen das *rem suam intendere*, als Merkmal der dinglichen Klagen, dem *dare, facere oportere* als Character der persönlichen Klagen entgegen gesetzt werden. Will *Ulpian* die persönliche Klage zur Constituirung des *Ususfructus* von der dinglichen Klage aus demselben unterscheiden, so bezeichnet er jene durch das *dari mihi oportet ususfructus*, diese durch die Formel *meus est ususfructus*

*) Klagte ich: *vestimenta mea sunt*, so war es eine dingliche Klage, klagte ich: *Titius dare oportet vestimenta*, so war es die *actio in personam* **). Die allgemeine Definition *Ulpian's* ist dafür ein neuer Beweis, wenn dieses überhaupt des Beweises bedarf. *In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus.* — *In personam actio est. qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum* ***). Auch dieser Stelle macht Hr. Th. den Vorwurf der absoluten Unverständlichkeit und einer *petitio principii*. Allein auch hier schob er unsern deutschen Proceß dem römischen unter und übersah, daß der Römer seine Klagen zunächst nach ihren Formeln unterschied

*) L. 11. §. 1. D. *de jurej.*

**) L. 6. D. *de rei vind.* Man sehe hierüber überhaupt *Brisson de formalis* L. V.

***) L. 25. D. *de O. et A.*

und in bestimmte Classen ordnete. Wenn jemand einen deutschen Facultisten als solchen fragt: wodurch ein Appellations-Erkenntniss von einem Erkenntniss über eine Läuterung sich unterscheide? und dieser nun antwortet, das *rubrum* fange an; auf erhobene Appellation, deren Introduction etc. etc. das *nigrum* aber: daß die Appellation in ihren Formalien zu Recht beständig und zu gebührender Rechtfertigung anhero erwachsen etc. etc. — wenn dieser sage ich so antwortet, kann man ihn der Unverständlichkeit beschuldigen, kann man ihm vorwerfen, er erkläre nicht, was er erklären solle, weil er den Begriff Appellation als schon erklärt voraussetze?

Will man also den römischen Unterschied zwischen *actio in rem* und *actio in personam* angeben, so muß man in das Gebiet des römischen Alterthums hinübergehen und zunächst in den Klagformeln den Punkt der Unterscheidung aufsuchen, wobey denn natürlich eben so

sehr von unsern heutigen praktischen Ansichten, als von philosophischen Theoremen wenigstens einstweilen zu abstrahiren ist.

Der Römer unterscheidet einen weitem und einen engern Begriff von *actio in rem*. In dem weitem Sinne geht er bestimmt nach der allgemeinen Bedeutung des Wortes *in rem* im Gegensatz von *in personam*. Jede Klagformel, in welcher nicht die Worte: *dare oportere*, *facere oportere* oder andere gleichbedeutende gebraucht werden, ist eine *actio in rem*, im Gegensatz von *condictio* oder *actio in personam*. In dieser bezieht sich die Formel genau und bestimmt auf etwas, mit der Person des Beklagten selbst unzertrennlich verbundenes, auf sein *Unterlassen* oder sein *Thun*, dieses mochte nun ein bloßes Thun (*facere*) oder ein den Besitz übertragendes Thun (*dare*) seyn. Ajo (*intendo*) *te mihi centum dare oportere ex stipulatione* (— *te mihi dare oportere ex testamento* — *viginti mihi fur-*

*to tuo abesse, ideoque dare te oportere — intendo, ut mihi praestes frui, quod conduxisti licere — Ajo, quod mea interfuit, idonee rem venisse, id tibi praestandum — intendo, ut mihi praestes, quanto pluris servum emissem, si ita peculiatus esset *).* Kurz, weil hier die Formel auf eine Præstation des Beklagten namentlich concipirt war, (*quia in personam actio scripta erat*) so hieß sie eine *actio in personam*. Alle Klagen, ausser diesen Conditionen waren nicht auf die Person des Beklagten, sondern auf ein von dessen Person selbst verschiedenes Object und in so ferne unbestimmt (*indefinite, generaliter*) concipirt; daher sie denn, vermöge des allgemeinen Sprachgebrauchs *actiones in rem, in rem scriptae, in rem conceptae* genannt wurden.

Zu den *actionibus in rem* (sie sollten nicht durch *dingliche Klagen*, sondern dem Geiste des römischen Rechts gemäß

*) Cf. *Brissonius l. c.*

Isen, durch *unbestimmte*, *persönliche* Klagen übersetzt werden) zu diesen gehörten nun in jener allgemeinen Bedeutung:

1.) alle *vindicationes* — Klagen deren Formel auf ein *dominium* des Klägers, *dominium* nicht für Eigenthum, sondern in der allgemeineren römischen Bedeutung genommen) positiv oder negativ gerichtet war, deren Intention in den Worten: *meum, non tuum* etc. etc. beruhte. *Ajo hereditatem meam esse* — *Ajo, fundum meum esse* — *hominem meum esse* — *jus meum esse, uti frui, aquam ducere, altius tollere*, — *Ajo jus tibi non esse, uti frui* — *Ajo hunc filium meum esse*.

2.) Alle *interdicta*. Die L. 1. §. 3. *de interdictis* sagt von ihnen ausdrücklich, sie seyen *in rem concepta*. Auch ihre Formel lautete nicht auf eine Præstation des Beklagten, sondern war unbestimmt (*in rem*) concipirt. *Interdico tecum, ut mihi tertio quoque die legendae glandis facultas siet* — *interdico tecum, ne vis mihi fiat*

*aedificanti — Interdico, ne vis mihi fiat, quo minus id opus, quod in auleo fluminis, ripave ita factum sit, ut iter, cursus fluminis deterior sit, fiat, tollere, demoliri, purgare, restituere viri boni arbitrato possim *)*,

3.) Die sogenannten *actiones in rem scriptae* **), für deren bestimmte Formeln wir zwar keine näheren Data haben, deren Character sich aber nach dem bisher gesagten schon aus ihrer Benennung ergibt.

Ausser diesem weiteren Begriff von *actio realis* gab es noch einen eignen, der nicht allein von der *Klage*, sondern auch von dem Grunde der *Klage* selbst hergenommen war. Im engern Sinn verstand man unter *actio realis* blos die *vindicationes*, diejenigen Klagen, deren Formel ein *dominium* (im weitem römischen Sinn) behauptete oder läugnete, sich also

*) Cf. *Brisson* l. c. L. V. p. m. 389.

**) L. 9. §. 3. *quod metus causa*.

auch natürlich auf dieses *dominium* gründete. Klagen die nicht dieses *dominium* zum Grund und Inhalte hatten, waren nur persönliche Klagen. In diesem Sinne nimmt *Justinian* §. 1 *J. de act.* und *Ulpian* L. 25, *de O. et A.* das Wort *actio realis* und in diesem Sinne sind denn sowohl die *interdicta* als auch die *actiones in rem scriptae* von dem Umfange seiner Bedeutung ausgeschlossen. Sie sind nur *reales* durch die Unbestimmtheit der äussern Form, während sie ihrem Grund und Inhalte nach bloß persönlich sind. *Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt*, sagt L. 1. §. 3. *D. de interdictis*.

Und hier stehen wir denn auf einem Punkt, mit dem nun von selbst die Frage über das Wesen des Unterschieds zwischen dinglichem und persönlichem Recht zusammen hängt. Denn der zuletzt angegebene oder vielmehr nur angedeutete Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Klagen führt auf einen ihnen

correspondirenden Unterschied gewisser Rechte zurück und führt so aus dem öden Gebiete der trocknen Formeln den Geist des römischen Rechtssystems.

III.

Sollte denn wirklich das dingliche Recht nichts weiter seyn, als ein Recht, das mit einer dinglichen Klage verbunden ist? Sollte nicht vielmehr der wahre Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Klagen auch nach römischem Recht von einem Unterschied zwischen einem dinglichen und persönlichen Recht abhängen, das als Grund jener Klagen, vor diesen und unabhängig von denselben aus der Eigenthümlichkeit seines Wesens zu bestimmen und zu erklären ist?

Der von mir oben dargestellte Begriff des Verfassers von dinglichem und persönlichem Recht wäre selbst dann verwerflich, wenn er wahr wäre. Denn er würde bey aller seiner Wahrheit unnütz seyn, weil er praktisch unbrauchbar seyn

würde. Und warum dies? Der ganze Unterschied dinglicher und persönlicher Klagen als solcher, abgesehen von einem *sie bestimmenden* Unterschied der Rechte selbst, ist, wie bisher gezeigt worden, ein bloßer Formel-Unterschied. Wir haben in Deutschland die römischen Formeln nicht. Sagen wir also nur, dingliches Recht ist ein solches, wo eine dingliche Klage statt findet, so machen wir (vorausgesetzt, daß man dem Römer nichts unterschreibt) eine römische Klagformel zum Merkmal des Rechts, das aber nun eben so leer und nutzlos ist, als jene Klagformel selbst.

Die Gründe, die der Verfasser für seine Theorie angiebt, sind diese: — Das römische Recht kennt den Unterschied zwischen *jus in rem* und *jus in personam* gar nicht nach der Bedeutung, in der unser Rechtssystem diese Worte nimmt. Nur das canonische Recht kennt ihn, erfindet ihn. Was mag es darunter gedacht haben? — Das römische Recht

kennt einen Unterschied zwischen *actio realis* und *personalis*. Es hat also nichts weiter gedacht, als unter *jus reale*, ein mit einer *actio realis*, unter *jus personale* ein mit einer *actio personalis* verbundenes Recht. Das römische Recht kannte jene Klaggattungen ohne die denselben correspondirenden und zum Grunde liegenden Rechtsgattungen zu denken; das canonische Recht erfand zu jenem Klagunterschied einen Rechtsunterschied, den es durch jene Klagen, als Merkmale bestimmte und mit dem Namen jener Klagen benannte.

Erstlich: Wenn das canonische Recht ein *jus in rem* einem *jus in personam* oder *ad rem* entgegensetzt, so sieht man sehr bald, daß es darunter einen Unterschied in Ansehung der Rechte selbst, ihrem Wesen nach, abgesehen von der Art ihrer gerichtlichen Verfolgung, denke. Es denkt gewiß nicht an die römischen Klagformeln (die es ohnehin selbst nicht mehr kannte) wenn es c. 40. X. *de praebendis*

in 6 sagt: *jus vero, quod secundo ad praebendam, non in praebenda hujusmodi competebat — per eam penitus est sublatum.* Es setzt hier deutlich ein schon erworbenes Recht auf das Rechtsobject selbst, dem Recht auf die bloße Erwerbung jenes *juris in rem* entgegen. Wer von dem canonischen Recht ausgehen wollte, musste daher wenigstens dem canonischen Rechte selbst die Bedeutung abfragen. Hingegen die Eintheilung von *jus in rem* und *in personam* oder *ad rem* aus dem canonischen Rechte aufzunehmen, dann ohne alles weitere in das römische Recht hinüberzugehen, um von daher den Begriff zu jenen Worten zu holen und dann, weil man hier den Wortunterschied nicht findet, eine gleichklingende Unterscheidung eines andern Dings, bloß weil sie gleich klingt, zum bestimmenden Merkmal jener canonischen Unterscheidung zu machen: diese Methode bey einer positiv rechtlichen Untersuchung kann nie zu gründlichen Resulta-

ten, sondern nur zu willkührlichen Behauptungen führen.

Eben so wenig (dies meine zweyte Bemerkung) läßt es sich rechtfertigen, wenn man schließt: weil die Römer das Wort nicht hatten, so hatten sie auch nicht den Begriff; weil sie unsern Wortunterschied in einer andern Bedeutung nahmen, so hatten sie die Sache selbst nicht, die wir mit jenen Worten bezeichnen. Und doch ist dieser Schluss der *nervus rerum gerendarum* in der Argumentation des Verfassers. —

Die Römer kannten jenen Unterschied wirklich, obgleich unter einem andern Namen; sie kennen ein dingliches Recht, das sich *seinem Wesen* nach von dem persönlichen unterscheidet, und das nicht erst aus der dinglichen Klage abgeleitet und durch diese bestimmt wird, sondern aus welchem diese erst abgeleitet, durch welches diese erst begründet ist: dieser Satz soll nun bewiesen werden. Er selbst ist alt und allgemein bekannt: aber viel-

leicht bin ich der erste, der ihn beweist, weil noch niemand daran gedacht hat, daß er bezweifelt werden könnte.

Man braucht nichts zu wissen, als daß die Römer die zwey oft genannten Klagarten und für jede derselben besondere Formeln hatten, welche in ihren einzelnen Modificationen von einander abweichend, durch allgemeine gemeinschaftliche Merckmale zu Einer Gattung zusammenstimmten, um sogleich zu schliessen, diesen besondern Gattungen der Klagen müssen besondere Gattungen von Rechten zum Grunde liegen. Die Klagformeln waren nicht durch den Zufall hingewürfelt, sie waren, wie alle andere Formeln, nach genauen kleinlichen Verhältnissen zu der Sache selbst, auf die sie sich bezogen, von den Rechtsgelehrten erfunden. Die römische Jurisprudenz würde daher gewiß nicht diese Eintheilung der Klagen haben, wenn nicht verschiedene Rechtsgattungen vor-

handen gewesen wären, zu welchen jene Formeln anpassend erfunden werden musten. Eine Klage ist weiter nichts, als ein Recht dem Richter zur Beurtheilung dargestellt, jene muß also nothwendig abhängen von diesem.

Doch, es bedarf dieser Schlüsse nicht. Wir haben deutliche Gesetze. — Der §. 14. *de actionibus* sagt: *Sic itaque discretis actionibus, certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere: Si paret, eum dare oportere. Nec enim quod actoris, id ei dari oportet: scilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat: nec res, quae jam actoris est, magis ejus fieri potest.* Diese Stelle bestimmt die Voraussetzung und den Grund zu diesen verschiedenen Gattungen von Klagen. Die persönliche Klage soll bloß stattfinden können, wenn ich nur erst eine Forderung habe; die dingliche Klage, wenn das Rechtsobject, das ich verfolge schon zu dem meinen gehört (*si res mea est*). Die eine Klagart

läßt sich daher nicht der andern substituiren: ich kann nicht wegen einer bloßen Forderung mit der dinglichen Klage, *ajorem meam esse* auftreten, so wenig es mir möglich ist, in dem Fall wenn das Object schon wirklich mein ist, die Formel einer persönlichen Klage: *ajo, te mihi dare oportere* zu gebrauchen. Was folgt denn aber hieraus? Das folgt daraus, daß sich der Römer eine gewisse Eigenthümlichkeit von Rechten denkt und diese als Grund der dinglichen und persönlichen Klagen voraussetzt: daß er zwey von einander verschiedene *Rechtsgattungen* annimmt, von denen die eine als Grund den persönlichen Klagen, die andere als Grund den dinglichen Klagen correspondirt. — Noch deutlicher entscheiden dieses eben die Gesetze, die Herr Thibaut so geradezu als Richter in dieser Sache perhorrescirt. Sie selbst führen uns auf diese Stelle, auf der sich alle Zweifel lösen. Der §. 1. *J. de act.* bestimmt nicht bloß, was jene

Klagen seyen, sondern auch *wann* eine jede statt finde, *warum* sie statt finde, welches das *Rechtsverhältniß* sey, durch das die eine und die andere begründet werde. 1) Die persönliche Klage ist die Folge einer *obligatio*. Durch sie „*agit unusquisque cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu vel ex maleficio.*“ — *Ulpian* in der angeführten L. 25. sagt: *in personam actio est, qua cum eo agimus qui obligatus est nobis* d. h. der mit uns *in obligatione* steht. Hingegen 2) die dingliche Klage findet statt wegen eines Rechts, das uns *ausserhalb einer obligatio* zusteht, durch welches wir von irgend etwas sagen können: *hoc meum est*. Sie ist vorhanden, wenn jemand *cum eo agit, qui nullo ei jure obligatus est, movet tamen de aliqua re controversiam*.

Das eben Gesagte zeigt nun wohl deutlich genug, welches der Punkt in dem System des römischen Rechtes sey, den der Verfasser bey seiner Untersuchung über die Natur des dinglichen und

persönlichen Rechts übersehen hat. Er übersah nemlich die *obligatio*, wodurch der Römer dieselbe Idee bezeichnet, die das canonische Recht und das neuere Rechtssystem durch *jus in personam* oder *ad rem* bezeichnen; er übersah den Begriff von *dominium*, der in dem römischen Recht eben derselbe Begriff ist, den wir unter *jus in rem* verstehen. — Es sey mir nunmehr erlaubt, diese Begriffe selbst aus dem römischen Rechte abzuleiten und den Rechten gemäß zu bestimmen. Ich will mich dazu kurzer Paragraphen bedienen, um den Resultaten eine grössere Klarheit zu geben.

§. 1.

Obligatio, (besonderes Rechtsverhältniß) ist ein solches Rechtsverhältniß, in welchem eine *bestimmte Person* wegen einer bey ihr *besonders eintretenden Voraussetzung* gegen eine andere zu einer gewissen Handlung oder Unterlassung verpflichtet ist. Die besondere Voraus-

setzung, von der in dem angegebenen Begriff die Rede ist; kann seyn eine Handlung jener Person (Contract, Delictum) oder eine andere Thatsache, welche nach den Gesetzen zwischen ihr und dem andern Subjecte das besondere Rechtsverhältniß hervorbringt.

Der angegebene Begriff von obligatio rechtfertigt sich aus den Definitionen der Gesetze selbst *pr. J. de obligationibus. L. 3. D. de obl. et act.*, noch mehr aber aus den einzelnen Fällen, die von den Gesetzen unter denselben subsumirt werden.

§. 2.

Der besondern Verbindlichkeit, welche der einen *in obligatione* sich befindenden Person obliegt, steht ein besonderes Recht gegen über, welches die Erfüllung dieser Verbindlichkeit zu seinem Inhalte hat. Dieses *Recht*, welches in einem besondern Rechtsverhältnisse der einen *persona obligata* zusteht, nennen

die Römer *jus obligationis* *), und dieses *jus obligationis* nennt das canonische Recht *jus ad rem, jus personale, jus in personam*.

§. 3.

Persönliches Recht (jus obligationis, jus ad rem) ist also ein Recht, welches nur gegen eine gewisse bestimmte Person Gültigkeit hat, oder mit andern Worten, ein Recht, welches nur Gültigkeit hat in Ansehung einer Person, die durch eine besondere bey ihr eingetretenen Thatsache zu einer gewissen Leistung dem Berechtigten verpflichtet worden ist.

§. 4.

Dem Recht in einer *obligatio* setzen die Römer die übrigen klagbaren Rechte

*) *Ipsum jus hereditatis, et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationis incorporale est. §. 2. J. de reb. corp. et inc.*

als eine besondere Rechtsgattung entgegen. Diese nennen sie *dominium*, das canonische Recht nennt dieses *dominium* ein *jus in rem*. Der allgemeine Character an dem es, nach der Bestimmung des römischen Rechts, erkannt werden kann, ist, daß ich durch dasselbe von einem gewissen Gegenstand sagen kann: — er sey mein (*meum est*).

Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum. L. 3. pr. D. de obl. et A. — Daß das Wort *dominium* nicht blos Eigenthum (*proprietas*), sondern alle Arten des dinglichen Rechts bezeichne, daß die *hereditas*, die *servitus* u. s. w. ein *dominium* genannt werden, dieses darf ich wohl als hinreichend bekannt voraussetzen, um des Citirens überhoben zu seyn.

§. 5.

Dingliches Recht (dominium, jus in rem) ist ein Recht in Ansehung eines gewissen Gegenstandes, welches gegen alle Menschen (gegen unbestimmte Personen) Gültigkeit hat, mit andern Worten, durch welches ich mit allen andern Menschen in einem Rechtsverhältnisse gedacht werde.

Es rechtfertigt sich dieser Begriff schon aus der Entgegensetzung zwischen *dominium* und *obligatio*. sodann aber sowohl daraus, daß er auf alle Rechtsarten vollständig paßt, die notorisch zu dem dinglichen Rechte gezählt werden, als auch daraus, daß die von ihm abhängigen dinglichen Klagen in ihrer Eigenthümlichkeit vollständig aus ihm erklärbar sind, wie sich weiter unten zeigen wird. Die weitere Exposition desselben in den folgenden §§. wird über seine Richtigkeit und Uebereinstimmung mit dem römischen Rechtssystem keine Zweifel übrig lassen.

§. 6.

Das *dingliche* Recht unterscheidet sich von dem *persönlichen* I.) in Ansehung des *Grundes seiner Gültigkeit* und seines *Daseyns*, II.) in Ansehung der *Personen*, zwischen denen es gilt, III.) in Ansehung seines *Inhalts*.

§. 7.

I.) In Ansehung des Grundes der *Gültigkeit* und des Daseyns unterscheiden sich beyde Rechtsarten auf doppelte Art von einander: 1.) das *persönliche* Recht ist begründet durch eine besondere Thatsache (Handlung oder sonstiges Factum) welche bey *der Person* eingetreten ist, gegen die es gelten soll; das *dingliche* Recht ist vorhanden und begründet unabhängig von einer solchen Thatsache. Um jenes Recht zu erweisen, muß ich zeigen, daß in *Ansehung der Person gegen die ich es mir beylege*, der besondere Umstand eingetreten sey, an welche die Gesetze das Recht geknüpft haben; um dieses zu er-

weisen, muß man auch eine Thatsache der Erwerbung anführen, aber diese Thatsache ist darum nicht eine jene Person besonders betreffende oder von ihr ausgegangene oder mit ihr verbundene Thatsache. Das Versprechen, das der andere gethan, die Rechtsverletzung die er begangen hat, der Besitz der Sache, die zu suchen mich rechtlich interessirt, der Besitz der Sache, die mir durch Zwang und Furcht abgepreßt worden ist: das sind die besondern bey der Person, gegen die das Recht entstehen soll, eintretenden Thatsachen, aus welchen das persönliche Recht entspringt, und zwar nur gegen *diese* Person, weil bey andern diese obligatorischen Facta nicht vorhanden sind. Bey Eigenthum, Pfandrecht, Servitut etc. etc. habe ich das Recht unabhängig von obligatorischen Factis derer Personen gegen die es gilt; ich sage hiernicht zu dem andern: ich habe dieses Recht gegen dich, weil bey *dir* dieser, jener Umstand, diese jene Handlung oder That-

sache eingetreten ist, der dich verpflichtet, mich berechtigt. — 2.) Das *persönliche Recht* wird begründet durch die *Verbindlichkeit* des andern gegen den es gilt; das *dingliche Recht* begründet erst die *Verbindlichkeit* anderer in Ansehung seiner; dort geht die *Verbindlichkeit* dem *Rechte* voraus, hier geht das *Recht* als Ursache der *Verbindlichkeit* voraus; dort lautet mein *Rechtsurtheil*: ich habe ein Recht gegen dich, denn durch ein besonderes *Factum* bist du mir verpflichtet, hier lautet es: ich habe dieses Recht, also bist auch du verbunden, es zu achten.

§. 8.

Da nach den Gesetzen das persönliche Recht von einer besondern obligatorischen Thatsache abhängt, das dingliche Recht aber nicht, so folgt II.) als Unterschied dieser Rechtsarten in Ansehung der *Personen*, dafs ich durch jenes nur in einem rechtlichen Verhältnisse stehe mit gewissen bestimmten *Personen*, durch dieses

aber mit *allen* Menschen. Durch jenes habe ich einen in Ansehung der Individuen beschränkten Rechtsanspruch, durch dieses thue ich rechtliche Anforderungen an unbestimmte Subjecte; in jenem fordere ich, daß A oder B mich durch Nicht-Erfüllung ihrer Verbindlichkeit nicht verletzen, in diesem, daß jeder Mensch, wer er auch immer sey, mein Recht anerkennen und durch Nichtanerkennung meines Rechts mich nicht beleidige und in der Ausübung desselben beschränke.

§. 9.

III.) Der *Inhalt* (die *Materie*) des dinglichen Rechts ist die freye von der Willkühr aller andern unabhängige Begehung oder Unterlassung derjenigen *Handlungen* oder die freye und ungestörte *Perception* derjenigen *Vortheile*, die in dem Begriff der besondern *Species* des dinglichen Rechts enthalten sind, welches der Person zukommt; der Inhalt des persönlichen Rechts ist bloß die mit einem

Zwangsrecht verbundene *Foderung* an einen andern, daß *er* etwas thue oder nicht thue.

Die bisher (§. 7 — 9.) angegebene allgemeine Distinctiv-Character in einer durchgeführten Vergleichung mit den einzelnen, wesentlichen Eigenschaften der unbezweifelt dinglichen Rechte, zu erläutern und zu rechtfertigen, würde zu weit führen. Die Probe: ob die aufgestellten Begriffe und Unterscheidungsmerkmale richtig abstrahirt seyen? überlasse ich dem Leser.

§. 10.

Die beyden verschiedenen Gattungen von Rechten begründen zwey verschiedene Gattungen von Klagen, das *jus obligationis*, die *actio personalis*, das *dominium (jus in rem)* die *actio realis*.

Dieses ist durch die kritischen Erörterungen erwiesen.

§. 11.

Die *actio realis* ist eine Klage, welche

*ich aus dem Grunde, weil ein von einem
besondern obligatorischen Fac-
tum des Beklagten unabhängiges
Recht mir zusteht, gegen den Beklagten
dahin anstelle, daß dieses Recht, als mir
zuständig gerichtlich anerkannt, dadurch
aber die Anmaßung des Beklagten für
rechtswidrig erklärt werde.*

Eine Bestimmung darüber, gegen
wen diese Klage angestellt werde?
ob gegen alle, gegen den Besitzer u.
s. w.? läßt sich in den Begriff nicht
aufnehmen, wenn nicht derselbe in
die oben gerügten Fehler des Schie-
lenden und der Unzulänglichkeit ver-
fallen soll. Die gesetzlichen Bestim-
mungen in Ansehung jenes Momen-
tes sind bey den besonderen Arten
dinglicher Klagen zu sehr verschie-
den, als daß sie unter einen allge-
meinen, einfachen und wahren Ge-
sichtspunkt zurückgebracht werden
könnten. Sie sind daher von der
Definition, die das zu Erklärende

nach seinem Grund und Zweck befriedigend bestimmt, auszuschliessen und hauptsächlich der Theorie über die einzelnen dinglichen Klagen vorzubehalten.

§. 12.

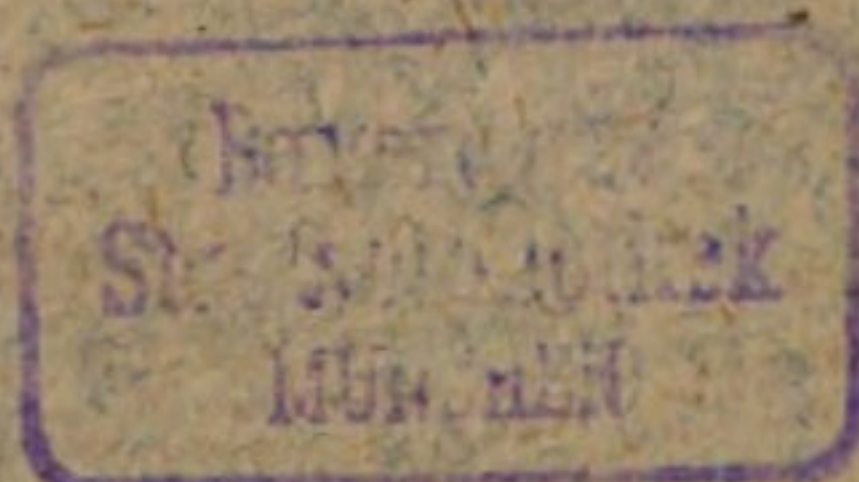
Die *actio personalis* ist eine Klage, welche ich aus dem Grunde, weil mir der Andere durch ein besonderes Factum zu etwas verpflichtet ist, gegen diesen dahin anstelle, dass er der Verbindlichkeit schuldig erklärt werde.

§. 13.

Aus diesem Begriff erklärt es sich unter andern 1) warum die *interdicta* ihrem inneren Wesen nach (*vi ipsa*, wie sich L. 1. §. 3. de interdictis ausdrückt) persönliche Klagen seyen, nemlich, weil dabey fehlerhafter Besitz und unerlaubte Handlung der Beklagten ein factum obligatorium und der Grund der Klage sind; 2) warum die sogenannten *actiones in rem*

scriptae zu den persönlichen Klagen zu rechnen sind. Auch ihr Grund ist ein besonderes obligatorisches Factum desjenigen, gegen den die Klage angestellt wird, nicht ein unabhängig von demselben schon vorhandenes Recht. Bey der *actio quod metus causa* leite ich z. B. mein Recht aus dem Factum des Besitzes der durch Gewalt von mir erpressten Sache ab, an diesen Besitz einer solchen Sache knüpfen die Gesetze die Verbindlichkeit zur Restitution und diese besondere Verbindlichkeit, die aus jenem bey dieser bestimmten Person eingetretenen facto entstanden ist, macht den Grund meiner Klage aus. Eben so ist bey der *actio ad exhibendum* der Besitz der den Kläger interessirenden Sache, als obligatorisches Factum Grund einer besondern Verbindlichkeit des Beklagten und in dieser der Grund der Klage.

Diese Grundlinien zu einer Theorie weroen vielleicht hinreichend seyn, wenigstens die Gesichtspunkte zu bestimmen, nach welchen man die Fehler der gewöhnlichen Theorie vermeiden kann, ohne sich auf das entgegengesetzte Extrem stellen zu müssen, welches Hr. Prof. Thibaut gewählt hat und auf welchem von dem ganzen Unterschied zwischen *jus in rem* und *jus in personam* eigentlich weiter nichts als der Name übrig bleibt.



Inhaltsverzeichnis.

- I. **E**ntdeckung des Unterschieds zwischen
servitus luminum und servitus ne lumi-
nibus officiatur. S. 3
- II. Beweis dafs die Redhibitorienklage sowohl
statt finde wegen Mängeln, welche die
Brauchbarkeit der Sache völlig aufheben,
als auch wegen solchen, die nur ihren
Werth verringern. S. 49
- III. Grundlinien zu einer Theorie der juri-
stischen Kritik und Beantwortung der
Frage: ist die Kritik dem Praktiker
brauchbar? S. 81
- IV. Ueber die *L. 13. §. 5. D. de usufructu.*
Eine nothwendige kritische Emendation,
die wohl keinen Zweifel hat. S. 135

V. Was ist ein Directarius? Zur Erklärung
der *L. 9. de extraordinariis criminibus*
und der *L. 1. §. 1. sqq. de effractoribus*
et expilatoribus. S. 155

VI. Ueber den römischen Begriff von status
und die gewöhnlichen Eintheilungen des-
selben. S. 173

VII. Etwas über die Methode des deutschen
Privatrechts mit besonderer Anwendung
auf die Frage: ist der Interimswirth für
seine Person zu einer Lehnwaare ver-
bunden? S. 191

VIII. Ueber *actio in rem* und *actio in perso-*
nam, jus in rem und *jus in perso-*
nam. S. 213



In der

In der Verlagshandlung dieses Buchs sind
folgende juristische Schriften erschie-
nen:

v. Almendingen, L. H., Lehre von der juri-
dischen Imputation und Verhältniß der-
selben zur moralischen Zurechnung. 8.
1802. 16 gr. 1 fl. 12 kr.

Feuerbach, J. P. A., Anti-Hobbes, oder über
die Grenzen der höchsten Gewalt und über
das Zwangsrecht der Unterthanen gegen
ihren Oberherrn mit 1 Kpfr. von Lips gest.
8. 1799. 1 Rthlr. 4 gr.

— — Revision der Grundsätze und Grund-
begriffe des positiven peinlichen Rechts
2 Theile gr. 8. 3 Rthlr. 6 gr.

— — Ueber die Strafe als Sicherungsmit-
tel vor künftigen Beleidigungen des Ver-
brechers. 8. 1800. 12 gr.

Happels, G., Erörterungen der beym Con-
cursprocesse vorkommenden wichtigsten
Gegenstände. 8. 1803. 1 Rthlr. 1 fl. 48 kr.

Huttens, U. von, Fünf Reden wider Herzog
Ulrich von Württemberg, nebst seinem
Briefe an Pirkheimer. a. d. Lat. von C. G.
Wagner. 8. 1801. 1 Rthlr. 6 gr.

Turin, B., Systematische practische Anlei-
tung zu peinlichen Vertheidigungsschrif-
ten. 1r Theil. 8. 1 Rthlr. 8 gr.

— — Ueber das Verbrechen geheim zu
seyn und dessen Strafbarkeit im Staat. 8.
1801. 16 gr.

— — Rechtliche Critick des Amicisten-
ordens und aller geheimen Gesellschaften.
8. 1 Rthlr. 4 gr.



In der Folge erscheinen in unserm
Verlage:

Almendingens, L. H. von, vollständige Ent-
wicklung der Lehre von den Injurien.
2 Theile. gr. 8.

Almendingen, L. H. von, Begründung und ausführliche Darstellung der Lehre von Culpa und Dolus. 8.

Bibliothek des peinlichen Rechts, der peinlichen Gesetzgebung und Gesetzkunde, von L. H. von Almendingen, P. J. A. Feuerbach und K. Grolmann. 1r 2r Theil etc. 8.

Feuerbachs, P. J. A., System des peinlichen Rechts, ein Handbuch für theoretische und practische Rechtsgelehrte. 3 Bände, gr. 8.

— — Kritik des Kleinschrodtschen Entwurfs eines peinlichen Gesetzbuches für Bayern.

Neben diesen sind noch folgende empfehlungswürdige Werke aus unserm Verlage jedem Freunde der Litteratur zu empfehlen:

Snells F. W. D. und Ch. W. Handbuch der Philosophie für Liebhaber. 1r 2r Theil. 8.
2 Rthlr. 8 gr.

Cromes, A. F. W., Abriss der Staats- und
Cameralwissenschaften. gr. 8.

Charakterschilderungen der jetzt lebenden be-
rühmtesten Männer von Grosbritannien.
gr. 8. 1 Rthlr. 8 gr.

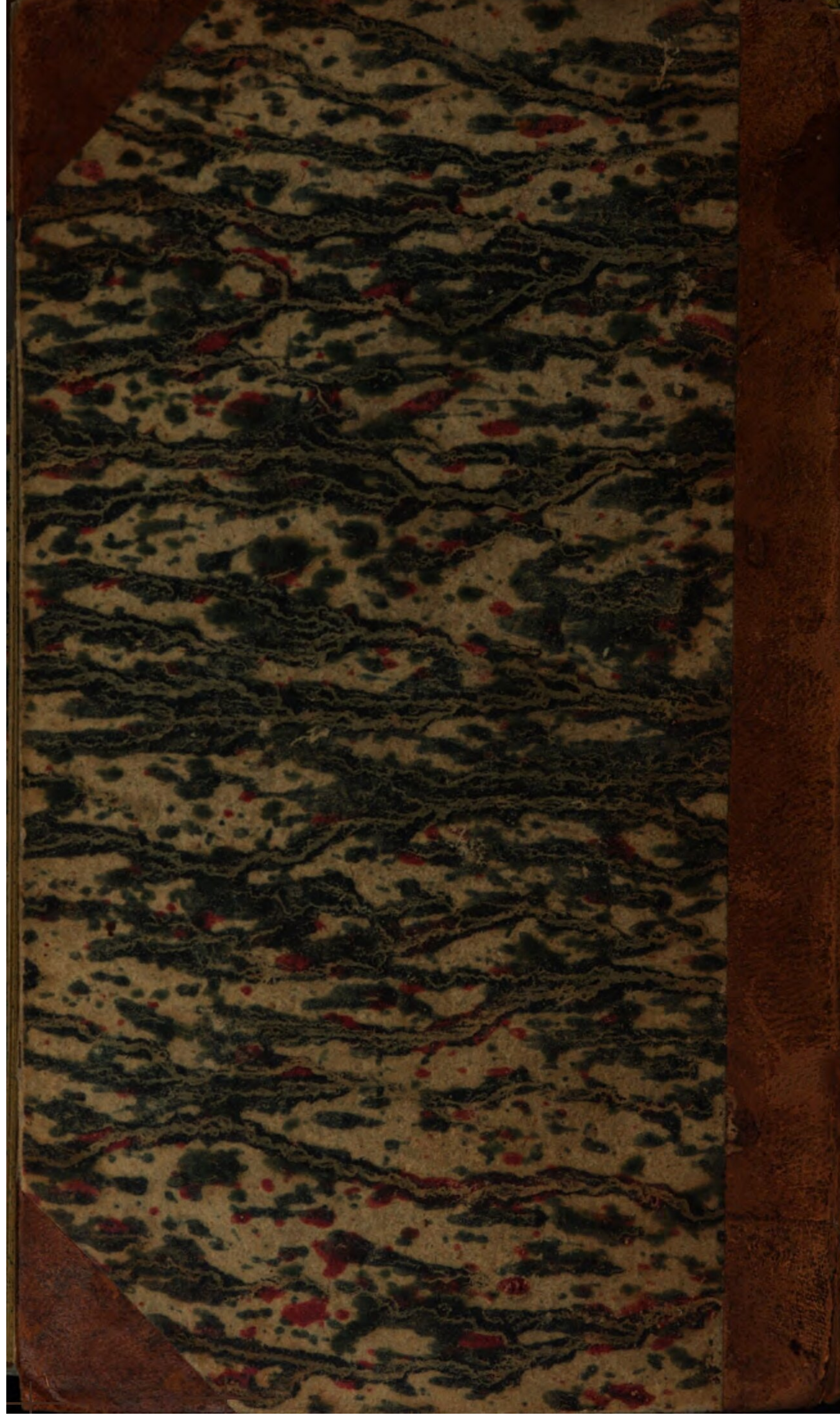
Biographische Darstellungen. 2 Theile. 8.
2 Rthlr.

Dallawais Reise nach Constantinopel und die
umliegende Gegend, m. K. 1 Rthlr. 12 gr.

Emmerts Auswahl der italienischen Dichter
etc. 1r Theil. 8. *pastor fido*. 1 Rthlr. 8 gr.

— — Auswahl der englischen Dichter etc.
1r Theil. 8. *Lettres by Yorik and Elisa*.
12 gr.





Feuerbach, Paul Johann Anselm, Ritter von, 1775-1833

Civilistische Versuche

Bd.: 1

Giessen (1803)

Jur.opp. 23-1

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10571255-6